# العقد المنظم للحكام

## فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام

تأليف

الإمام الفقيه أبي محمد عبد الله بن عبد الله

**ابن سلمون الكناني**

توفي (٧٤١) هـ

عناية وتعليق

أ / محمد عبد الرحمن الشاغول



الكناني ، ابن سلمون
العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين ايديهم من العقود والأحكام
تأليف : الأمام الفقيه ابى محمد عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكناني
تحقيق : محمد عبد الرحمن الشاغول
ط 1 ، القاهرة / دار الآفاق العربية 2011
733 ص ، 24 سم
تدمك :978-977-344-171-8
رقم الأيداع:2010-23308
1432 ه - 2011


دار الآفاق العربية
نشر- توزيع - طباعة
55 شارع محمود طلعت من ش الطيران
مدينة نصر - القاهرة
تليفون : 22617339 تليفاكس : 22610164
Email : daralafk @yahoo.com
Email : selimafak @ live .com



بسم الله الرحمن الرحيم

# مقدمــــة

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وآله، وصحبه، ومن والاه، وبعد:

فهذا كتاب «**العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام**» وقد ألفه العالم الجليل، والحبر النحرير الشيخ الفقيه أبو محمد عبد الله ابن سلمون الكنانى. وهو كتاب قيّم، ورائع فى موضوعه، يتكلم فيما يكون من الأحكام الشائعة الجريان بين الناس، ويُـتبع الكلام عن أحكامها بنصوص العقود التى ينبغى أن تكتب فيها؛ لصيانة الحقوق، ولاستقرار الأحكام، ولإنفاذ القضاء على الوجه اللائق به....، وهو مفيد فى استقراء كيفية التنظيم العام فى هذه القضايا والبناء عليها إن لم يكن الأخذ ببعضها إن ناسبت بعض مسائل العصر، وناسبت الأشخاص والأحوال والأزمان والأماكن، وإلا فالأخذ بالمقاصد العامة لها، والقواعد الفقهية التى تضمنتها، والتى اشتملت على الحفاظ ما أمكن على الأرواح والأعراض والأموال..إلخ .

## نبذة عن الكتاب:

وقد اعتمدت فى إخراج الكتاب على طبعة قديمة طبعت بالمطبعة البهية المجاورة للقطب الدردير، وكان ذلك سنة اثنتين وثلاثمائة وألف من الهجرة، أى: منذ مائة وأربعة وعشرين عاماً هجرياً.

والكتاب موجود على هامش كتاب «**تبصرة الحكام**» للقاضى ابن فرحون وقد طُبع كتاب **التبصرة** قبل ذلك بالمكتبة الأزهرية للتراث، واليوم مَنَّ الله بإخراج كتاب «**العقد المنظم**».

هذا وتقع هذه الطبعة الحجرية القديمة فى (٥٨٠) صفحة، وهى محفوظة تحت رقم (١٧٩٢) خصوصية، و(٤٤٤٧٧) عمومية بمكتبة الأزهر الشريف بالمشيخة، وخط هذه الطبعة من الخطوط الجيدة، وحاولت بذل الوسع فى إخراج الكتاب على وجه لائق، وخرجت آياته القرآنية، وأحاديثه الشريفة وإن كانت قليلة، وأشرت إلى بعض مواضع السقط فيه؛ عسى أن يستفيد به العبد الفقير، وسائر طلبة العلم والباحثين وطلبة العلم الشرعى الشريف، والقائمين على فصل النـــزاعات وعقد العقود، كالقاضى والمأذون والفقيه والمحامى..إلخ وما كان من خيرٍ وصوابٍ فهو من الله، وما كان من خطأ أو سهوٍ فهو منـــى أو من الشيطان. والله حسبى ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وآله، وصحبه.

**كتبه**

**أ/ محمد عبد الرحمن الشاغول**

# ترجمة المؤلف

## نسبه ومولده:

هو الإمام العلامة أبو محمد عبد الله بن على بن عبد الله بن عبد الله بن عبد الله بن عبد العزيز بن سلمون الكنانى الغرناطى.

وهذا الشيخ يعد وحيد عصره، وفريد دهره علماً وفضلاً وخلقاً؛ فهو إمام فى كثيرٍ من الفنون.

وولد سنة (٦٦٩) هـ.

## شيوخه:

وقد قرأ على أبى الحسن بن فضيلة، وأبى الحسن البلوطى، وجماعةٍ.

ولقى أبا الربيع بن سالم، وأبا طالب محمد المغيلى، وابن المرحل، وغيرهم، وأخذ عنهم.

## ومن تلاميذه:

قال الحضرمى: أخذت عنه كثيراً قراءةً وسماعاً.

## مؤلفاته:

ألف: ((الشافى فيما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافى))، وكتابه هذا الذى بين أيدينا.

## وفاته:

توفى –رضى الله عنه– شهيداً فى واقعة طريفٍ سنة (٧٤١) هـ[1].

---

(1) الترجمة من كتاب: ((شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية)) للعلامة الشيخ: محمد بن محمد مخلوف، وقد ذكره فى ((الطبقة الخامسة عشرة)) فرع ((الأندلس)) تحت رقم (٧٤٩).

# صورة الصفحة الأولى من كتاب ((العقد المنظم))



الجزء الأول

تعالى

# صورة الصفحة الأخيرة من كتاب ((العقد المنظم)).

[illegible] من [illegible] الاستقامة [illegible]
[illegible] ٢٧٨ [illegible] من أهل الاستقامة في أحواله [illegible]

[illegible] ولا [illegible] المشترى أم لا [illegible] العقد
على ما لا يجوز [illegible] والقرد [illegible]
ذكر [illegible] ومن ذلك عقود الربا وعقود [illegible] وما أشبه ذلك [illegible]
[illegible] على الحاكم المنع منه ابتداء [illegible]
[illegible] هذه العقود (تنبيه) قد تقدم أن وسيلة المحرم محرم مقال القرافي وقد تكون
[illegible] المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة كالتوسل إلى فداء الأسرى بدفع المال
[illegible] الشريعة [illegible]
[illegible] وكذلك دفع المال [illegible]
حتى [illegible] رضي الله تعالى عنه [illegible]
[illegible] وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا
قوة إلا بالله العلي العظيم

الحمد لله الذي أنزل كتابه تبصرة لذوي العقول وهدى به أهل الفضل والقبول والصلاة
والسلام على أفضل من وضح الشريعة وبين الأحكام وعلى آله وأصحابه سادة الأعلام
[illegible] تم طبع تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام بحلى المؤلف
العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام [illegible]
[illegible] فإنهما جامعان [illegible] الأحكام مما لا يوجد في كبار
الدواوين [illegible] المعاني على [illegible] وكان ذلك بالمطبعة البهية
المجاورة [illegible] حضرة محمد افندي
مصطفى وشريكه [illegible] حضرة الشيخ احمد الحلبي وتم
[illegible] في أواسط شوال سنة
١٣٠٢ هجرية على صاحبها وآله أفضل
الصلاة وأزكى التحية ما ذكر
الجديدان وتوالى
الملوان

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

# مقدمة المؤلف

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال الشيخ الفقيه أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن على بن سلمون الكنانى رحمه الله تعالى ورضى عنه ونفعنا به وبعلومه آمين:

الحمد لله ذى المجد والكرم الذى علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا محمد سيد ولد آدم الذى به ديوان الرسالة ختم، وعلى آله الطاهرين وصحابته الأكرمين وسلم، وبعد:

فإنه لما كانت الأحكام الشرعية لها محل كبير من الدين وعمدة فى حفظ نظام أمر المسلمين وابتليت بها فى سن عتاب بن أسيد وعلمت ما فى قوله عليه الصلاة والسلام: «**القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاضٍ فى الجنة من الوعد والوعيد**»[١]، لم أزل أعمل النظر فى دواوين العلماء، وأطيل البحث عن المسائل المحفوظة فى ذلك عن المتقدمين والمتأخرين حتى اجتمع لى فى ذلك عدة من المسائل المفيدة وجملة وافرة من الأحكام والنوازل الفريدة فأردت أن أضم نشرها وأنظم على الاختصار دورها فى ديوان يحتوى عليها، ويكون لى تذكرة عند التشوق إليها وأضفت إلى ذلك من الوثائق المستعملة ما يكون لفائدتها كالتكملة، وقد جمعت من ذلك للناظر ما يكثر به بلواه ولا يجده مجموعاً فى

(1) الحديث أخرجه أبو داود فى ((سننه))، والترمذى وابن ماجه.

سواه -والله تعالى أسأل أن ينفع به فهو حسبى ونعم الوكيل- وسميته بكتاب «**العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام**».

**النكاح**: وهو مندوب إليه عند جمهور العلماء، وقال أهل الظاهر بوجوبه وللمتأخرين من المالكية فى ذلك تفصيل، قال بعضهم: فإذا كان الرجل لا أرب له فى النساء ولا يرجو له نسلا لأنه حصور أو مجبوب أو خصى أو شيخ فانٍ أو عقيم قد علم ذلك من نفسه كان له مباحاً، وإن كان له أرب فى النساء إلا أنه يقدر على التعفف أو لا أرب له ويصح منه النسل كان له مندوباً، وإن كان لا يقدر على التعفف وله أرب فى النساء ويخشى على نفسه الزنا ولا يقدر على التسرى ولا يذهب ذلك عنه بالصوم كان عليه واجباً، وإن كان لا يحتاج إليه ويخشى أن لا يقوم بما أوجبه الله عليه فيه فهو له مكروه وإعلانه مندوب إليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدفوف**» [1]، ويكون إعلانه بالذكر واللعب والوليمة، قال مالك: ولا بأس بالدف والكبر، وقال أصبغ: لا يعجبنى المزهر وهو المربع، والوليمة مستحبة وهى بعد البناء، وقيل: قبله، وأولم رسول الله ﷺ على زينب وصفية بعد البناء، وتستحب الخطبة يوم الجمعة بعد صلاة العصر، ويستحب العقد فى شوال والبناء فيه لأن عائشة -رضى الله تعالى- عنها تزوجها رسول الله ﷺ فى شوال وبنى بها فى شوال، وقد حكى أنه يستحب النكاح فى رمضان رجاء البركة، وأنه تزوج عائشة فيه والأول أصحّ، ولا يصح إلا بالولى والصداق وشاهدى عدل فأما الولى فهو شرط فى أصل العقد فإن عرى منه العقد وباشرته المرأة بنفسها كان

(1) رواه الترمذى بلفظ: ((أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه فى المساجد، واضربوا عليه بالدفوف)).

فاسدا ولم يصح بإجازة الولى وأما الصداق فلا يجوز التواطؤ على إسقاطه، ويجوز تأخير فرضه إلى حين البناء وإلا يقع تقديره جبر وهو نكاح التفويض عند مالك، وأما الشاهدان فلابد منهما أيضاً قبل الدخول فإن وقع الدخول قبل الإشهاد حدا إلا أن يأتيا بشبهة، قال بعض المتأخرين: إذا أقر الرجل بوطء امرأة وادعى أنه تزوجها أو وطئ أمة رجل وادعى أنه اشتراها فعليه الحد فى مذهب ابن القاسم، ولا يحد على مذهب أشهب، وقول ابن حبيب فى «الواضحة»، فإن وقع العقد دون إشهاد وأشهدا قبل الدخول صح باتفاق ولا ينعقد إلا بلفظ يقتضى التأبيد كأنكحت وزوجت، وأولى الأولياء بالعقد المالك ثم الابن وإن سفل ثم الأب وروى الأب، مقدم على الابن ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد، وقبل الجد أولى من الأخ ثم سائر العصبة على حسب ترتيبهم فى الإرث.

## إنكاح الأب ابنته البكر فى حجره

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابته أجمعين، وبعد: فهذا كتاب نكاح العقد على بركة الله تعالى بين فلان وفلان فى ابنته البكر فى حجره فلانه بصداق مبلغة بين نقد وكالئ كذا النقد منه كذا برسم الحلول، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا تزوجها بكلمة الله العلى العظيم وعلى سنة سيدنا محمد رسوله الكريم وعلى ما نطق به محكم القرآن من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وليحسن صحبتها، ويجمل عشرتها وله عليها مثل ذلك وزيادة درجة لقوله عز وجل: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] عقده عليها بما

ملكه الله من أمرها وجعل بيده من العقد عليها والنظر لها والدها، وهى بكر فى حجره وولاية نظره، صحيحة الجسم والعقل خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للعقد بعد الاستئمار المستحب، وشهد على الزوج ووالد الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وهما بحال الصحة والجواز فى كذا.

**بيان وفقه:** الخطبة مستحبة وما قل منها أفضل والصداق ما يبذله الزوج للزوجة فى عقد النكاح، وهو المهر أيضاً، وقد يسمى بعض الكتاب المكتوب الذى تقع فيه الشهادة بالنكاح صداقاً، وذلك تجوز، وإنما يسمى ذلك كتاب الصداق أو كتاب النكاح.

**والصداق:** هو المبذول فإن وقع النكاح بأقل من ذلك ففى ذلك قولان فى «المدونة» أحدهما أنه يفسخ قبل البناء وبعده، والثانى: أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وهل هذان القولان بالفسخ إذا أبى الزوج عن إكمال أقل الصداق أم ذلك إذا وقع كذلك سواء أبى الزوج عن إكماله أم لا؟ فى ذلك أيضاً قولان للمتأخرين، وقد أجازت طائفة من أهل العلم النكاح على ما تراضوا عليه من قليل أو كثير وهو مذهب ابن المسيب وغيره وبه قال ابن وهب، ولو بدرهم واحد وأما أكثره فلا حد له وقد أراد عمر –رضى الله تعالى عنه- أن يحمل الناس على أن لا يجاوزوا فى الصداق أربعمائة درهم وهو مبلغ صداق أزواج النبى ﷺ، فقالت امرأة: يا أمير المؤمنين إن الله تعالى يقول: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] فقال: كل الناس أعلم منك يا عمر حتى النساء. ولابد من بيان السكة إن كان الصداق دنانير أو دراهم فإن سقط ذكرهما كان لها

السكة الجارية فى البلد فى تاريخ النكاح فإن اختلفت أخذت من الأغلب فإن تساوت أخذت من جميعها كمن تزوج برقيق ولم يصف حمراناً ولا سودانا، والنقد هو المعجل، ولا يبرأ الزوج منه حتى ينص على قبضة، وقد ذكر ابن أبى زمنين فى «وثائقه»: أنه إذا قال: نقدها وسكت أن فى ذلك قولين أحدهما: أن فى ذلك براءة الزوج وهو قول سحنون لأن معنى نقدها عجل لها أى دفع لها والثاني: أنه لا يبرأ بذلك حتى ينص على القبض، وهو قول ابن حبيب، وللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه فإن رضيت للدخول قبل قبضة جاز بعد أن ينقدها منه مقدار ربع دينار.

**والكالئ**: بالهمز هو المؤخر والنكاح به دون نقد مكروه وتأجيله إلى العشرين سنة فأدونها جائز باتفاق، ولا يفسخ النكاح إذا أوقع به، واختلف إن وقع الأكثر من ذلك، فقيل: إنه يفسخ فيما فوق العشرين وهو قول ابن وهب، وقيل: إنه لا يفسخ إلا فيما فوق الأربعين وهو الذى رجع إليه ابن القاسم، وقيل: لا يفسخ إلا فى الخمسين والستين، وقيل: فى السبعين والثمانين، وهو قول ابن القاسم فى سماع أصبغ واختار ابن القاسم أجله أربع سنين فما دونها والست سنين أيضاً فما دونها وكرهه فيما جاوز ذلك، واختار غيره العشر سنين فما دونها، وكرهه فيما جاوز ذلك وهو قول أصبغ وأشهب، وقيل: يجوز فيما دون العشرين من غير كراهة وإن أغفل ذكر الأجل فيه فإن النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل معجلاً ما لم يكن أقل من المعجل المسمى فلا ينقص منه أو أكثر من المعجل والمؤجل فلا يزاد عليها وروى عيسى أن النكاح يفسخ إذا لم يكن للكالئ أجل مطلقاً، وذكر ابن مغيث فى «وثائقه» إذا لم يؤرخ

أجل الكالئ: أن النكاح يجوز ويضرب له أجل البلد قياساً على البيع على الخيار إذ لم يضرب له أجل، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا اختلف الزوج والولى فى أجل الكالئ فقال الشهود: أنسيناه، فإن كان أجل الكوالئ كلها متعارفا عندهم وكان لقلة الكوالئ وكثرتها أجل حمل ذلك الكالئ إلى مثل ذلك الأجل، فإن لم يكن ذلك عندهم متعارفاً حمل أجله إلى أكثر ما تحمل عليه الكوالئ إلى مثل ذلك الأجل ويثبت النكاح، وإن حل أجل الكالئ قبل الدخول كان للزوجة الامتناع منه حتى تقبضه على المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وقيل: لا يكلف وزن الكالئ حتى يبنى بامرأته فإذا بنى وكمل أسبوعه معها أخذته، فإن أعسر به قبل البناء فإنها تطلق عليه كالإعسار بالنقد، وأما بعد البناء فلا تطلق عليه ويكون دينا فى ذمته، قاله فى كتاب «التنبيه» أبو الطاهر بن بشير، قال: وللزوجة المطالبة به عند حلوله إن كانت رشيدة وإن كانت سفيهة وأرادوا لها أب أو غيره المطالبة به فرواية المتقدمين أن له ذلك، وقال المتأخرون يجب أن لا تقع المطالبة به للعادة من تأخيره إلا أن يثبت من طالب به الحاجة إلى ذلك وأنه حسن نظر وعليه القضاء الآن ومعنى تزوجها بكلمة الله العلى العظيم قول لا إله إلا الله محمد رسول الله، إذ لا يحل لغير مسلم أن يتزوج مسلمة وقيل بكلمة الله، أي: بقرآن الله، وقال الخطابي: الكلمة قول الله تعالى: **﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾** [البقرة: ٢٢٩]، والدرجة هى الطلاق الذى جعله الله تعالى بيده، قال ذلك إسمعيل القاضى وقال غيره: الدرجة ما فضله الله به عليها من الجهاد والشهادة الطلاق وغير ذلك، وقيل: هى قوامه عليها قال الله تعالى: **﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾** [النساء: ٣٤]، وإن شئت قلت: عوض عقده

عليها أنكحه إياها، واختار بعضهم أنكحها إياه بتقديم الكناية عليها قال: لأن الولى إنما يملك العقد عليها لا على الزوج وكلا الوجهين جائز ومعنى بما ملكه الله من أمرها؛ أى من إنكاحها وإباحة وطئها وإن شئت قلت: بما ملكه الله من بضعها وهو النكاح أيضاً، وللأب أن يجبر الصغيرة مطلقاً والبكر البالغ كذلك ويستحب استئذانها واستئذان الثيب بحرام كالبكر وفى الثيب بعارض قولان، والثيب بالنكاح الفاسد كالثيب بالنكاح الصحيح وفى العانس والمطلقة بعد الدخول وقبل المسيس قولان، وفى الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان، والبكر التى لم تتزوج، فإن ألفاها ساقطة العذرة ففى ذلك قولان أحدهما: أنه لا يكون له القيام بذلك، ولا ترد الزوجة إلا أن يشترط أنها عذراء، وهو قول أشهب ورواه ابن حبيب عن مالك، وأخذ به جماعة من المتأخرين، والثانى: أن له القيام بذلك وردها منه وهو الذى يأتى على مذهب ابن القاسم، وقاله ابن العطار فى «وثائقه»، وعول ابن فتحون فى «وثائقه» على القول الأول وصوبه فإن قلت: بكراً عذراء كان له الرجوع بلا خلاف، وقولنا صحيحة الجسم والعقل، أى: لا عيب فيها من العيوب الموجبة للرد فإن ألفاها الزوج عوراء أو عمياء أو غير ذلك فلا رجوع له ولا قيام على المشهور، وقال ابن مغيث فإن قلت: سليمة فى جسمها عوضاً من صحيحة كان له القيام بذلك وبكل عيب يظهر بها واستحب للأب الاستئمار لرفع الخلاف إذ من العلماء من رأى أنه لابد من استئذانها، وهو مذهب الأوزاعى وسفيان الثورى وكانت عادة من تقدم ترك الكتابة حتى أحدثت الشروط والكوالئ، وسئل بعضهم عن ثمن الورق الذى يكتبه فيه وأجرة الكاتب على من تكون، فقال: على الذى يتوثق لنفسه وهو

المرأة ووليها وأجرة الماشطة على التعارف بين الناس، وقال ابن سهل: لا يقضى على الزوج بأجرة الماشطة على الجلوة إن امتنع ولا بأجرة ضارب دف ولا كبر قال: ويقضى عليه بالوليمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف: «**أولم ولو بشاة**»[1] مع العادة عند الخاصة والعامة، وقال ابن رشد، الوليمة مندوب إليها ومرغب فيها، ولا يقضى بها على الزوج ولا حق فيها للزوجة، وقال أبو عبد الله بن عتاب: لا يقضى على الزوج بالعرس والآجرة للجلوة المتعارفة عندهم إن امتنع من ذلك، ويؤمر به ولا يجبر.

## فصل

إن كان الصداق هضيمة أو ساق الزوج لزوجته أصل ملك أو غيره فى صداقها كتبت فى الهضيمة على صداق مبلغه بين نقد وكالئ وهضيمة كذا وكذا، النقد من ذلك كذا، والهضيمة التى انتقد النكاح بها وتم على إسقاطها كذا، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، وهذه الهضيمة جائزة بكراً كانت الزوجة أو ثيبا محجوراً عليها أو غير محجورا عليها، والنكاح إنما انعقد بما دونها؛ وذكرها فى العقد لغو، «وفى كتاب ابن يونس»: إن أصدقها عددا معلوماً «النقد منه كذا» كذا والكالئ كذا وبقى من الصداق عدد لم يذكره فى نقد ولا كالئ أنه يحمل على الهضيمة، ولا يجوز لأحد من الأولياء أن يعقد نكاح محجورة بأقل من صداق مثلها سواء كان الولى السلطان أو غيره إلا الأب وحده فى ابنته البكر فإنه يجوز له أن يعقد نكاحها بربع دينار فما فوق، وإن كان صداق مثلها

---

(1) رواه النسائى فى ((السنن)).

أكثر من ذلك، وكذلك يجوز له أن يسقط من صداقها ما شاء أو يؤخر به أو بعضه إذا كان ذلك كله على وجه النظر لها فى مذهب ابن القاسم وعلى قول مالك: لا يجوز أن يسقط من صداقها شيئاً إلا فى الطلاق قبل البناء خاصة وهى رواية ابن وهب عن مالك، ولا يجوز له أن يضع الصداق كله إلا فى الطلاق خاصة باتفاق، وتقول فى السياقة بعد ذكر أركانها: وساق الزوج لزوجته المذكورة زائداً لما سمى من الصداق جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الموضع السقوى الكائن بكذا أو النصف الواحد من الأملاك الكائنة بكذا فى الإشاعة معه أو مع الغير وبحقوق ذلك، وكافة حرمه ومنافعه سياقه صحيحة كمّل بها الصداق، وانعقد عليها النكاح بعد المعرفة بقدرها، وعلى السنة فى ذلك، وتجب الشفعة للشريك فى الجزء المسوق إذا كان فى الإشاعة مع الغير بالقيمة لا بصداق المثل باتفاق، وهل يجوز للزوجة أو لمن يلى أمرها بيع الملك المسوق قبل البناء أم لا؟ فى ذلك قولان، أحدهما: أن ذلك غير سائغ ولا جائز للمنفعة التى للزوج فى ذلك حكاه القاضى ابن بشير، والثانى: أن ذلك سائغ ولا مقال للزوج فى ذلك، وسئل ابن رشد فيمن ساق لزوجته جزءاً من أملاكه بقرية عينها على الإشاعة فلما كان بعد ذلك أراد بيع حقل معين من أملاكه بالقرية المذكورة وادعى أنه أفاده بعد السياقة ونازعته زوجته فى ذلك، فقال: على الرجل أن يقيم البينة على ما ادعاه، فإن لم تكن له بينه حلفت المرأة وأخذت حقها منه، وإن تحمل الصداق عن الزوج والده أو غيره، قلت: وتحمل عن الناكح فلان والده للزوجة فلانة فى عقد هذا النكاح جميع الصداق المسمى نقده وكالوه وهديته إن كانت فيه هدية فى ماله وذمته حملا لا حمالة أراد بذلك إعانة

الناكح وصلته وهذا الحمل لازم للحامل فى حياته وبعد وفاته وفى عدمه ويسره لثبوت النكاح باستقراره فى ذمته يطالب به دون الزوج، ولها الامتناع من الدخول حتى تقبضه فإن أعدم الحامل لم يكن للزوج سبيل إليها حتى يدفعه ويتبع الزوج به الحامل إن دفعه، فإن أباحت له الدخول دون شيء لم يكن لها قبل زوجها شيء وتتبع الحامل به إذ لا يطلب الزوج بما تحمله عنه غيره فى عقد النكاح، وقال ابن عتاب: حكى ابن مغيث أنه إن كان للابن مال وتحمل عنه والده الصداق كانت الزوجة مخيرة إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه، وانظر فى «النكت»، وهذا كله إن كان الحمل فى نفس العقد، ولو وقع الحمل بعد عقد النكاح كان حكمه حكم الهبة تبطل فى الوفاة إن لم تقبض فى قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: يلزمه على كل حال، والحمل ضد الحمالة إذ الحمل لازم لا يرجع به، والحمالة معناها الضمان، وله الرجوع إذا أدى، ولو وقع فى نفس العقد أن فلاناً ضمن الصداق عن الزوج ولم يبين هل هو على الحمل أو الحمالة وانعقد النكاح على ذلك ففى «المدونة» وغيرها: أن ذلك على الحمل اللازم، وقيل على الحمالة وبالأول القضاء.

## فصل

وإن نحل والد الزوج ابنه أو والد الزوجة بنته أو غيرهما نحلة فى كتاب الصداق قلت: بعد ذكر الصداق والسياقة ونحل الزوج والده أو الزوجة والدها فى عقدة هذا النكاح ومن أجله جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو النصف أو الربع من أملاكه الكائنة بقرية كذا

وبحقوق ذلك وكافة حرمه ومرافقه نحلة صحيحة صرمها الناحل من ماله، وأبانها عن ملكه وصيرها مالا وملكا لابنه فلان أو لابنته فلانه، وانعقد عليها هذا النكاح وتم بسببها، فإن كان المنحول له مالكاً أمره زدت قبل قولك: وانعقد عليها هذا النكاح، وقبل ذلك منه المنحول له فلان أو فلانه، فإن سقط ذكر القبول لم يضر إذ إشهاده بما فى الكتاب متضمن للقبول، وقيل: تبطل النحلة إلا أن يثبت أنه اعتمرها وقبضها فى صحة الناحل، وإذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تفتقر إلى حيازة وقيل: لابد فيها من الحيازة وبالأول العمل لأنها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة البيع، وإذا كان المنحول دنانير عن شوار أو غيره قلت ما نصه: ونحل الزوجة والدها فى عقدة هذا النكاح ومن أجله كذا وكذا دنانير من دنانير كذا الجارية بموضع كذا عن شوار أو عن دار نحلة صحيحة صرمها من ماله، وأبانها عن ملكه وصير بها الدنانير المذكورة دينا حالا لها ولا براءة له منها إلا بما تبرأ به الذمم شرعاً، وانعقد عليها هذا النكاح، وتم بسببها، وإن سقط من الوثيقة أن هذه النحلة انعقد عليها النكاح، وكانت النحلة منصوصة فى الصداق فقال ابن رشد: إنها لا تفتقر إلى حيازة وكونها فى العقد منصوصة يقتضى أن النكاح انعقد عليها، وقال غيره: إنها تفتقر إلى الحيازة إن سقط الفصل المذكور، وفى كتاب «الاستغناء»، فإن نحل الرجل ابنه الكبير نحلة فى عقد نكاحه ونحل معه ابناً له صغيراً أملاكاً مشاعة ثم مات الأب قبل بلوغ الصغير نفذ ذلك لهما إن حازها الكبير وإن لم يحزها حاز نصيب الكبير الذى انعقد عليه النكاح، وبطل نصيب الصغير وقسم بينهما، قال المشاور: وأحب إلى أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح فى بعضه كالحيازة لجميعها

للاختلاف فى ذلك كمن تصدق على كبير وصغير ولا شفعة فى هذه النحلة على مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وإن كان النكاح انعقد عليها، واختلف فى ذلك الشيوخ -رحمهم الله تعالى- وهى بمنزلة الهبة والصدقة لا شفعة فيها، وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك: أن فيها الشفعة، وقال به بعض الشيوخ فى النحلة على رواية ابن عبد الحكم فى الهبة، وليس عليه العمل فإن طلق الزوج زوجته قبل البناء فالنحلة جائزة للمنحول له نافذة، وإن فسخ هذا النكاح قبل البناء لفساد فيه ففى ذلك قولان أحدهما: أن النحلة تبطل وتعود إلى الناحل؛ قاله ابن العطار والثاني: أنها لا تبطل وهى نافذة جائزة كالطلاق وإن كان الفسخ بعد البناء فالنحلة نافذة باتفاق.

وسئل ابن رشد فى امرأة نحلت بنتها فى عقد نكاحها بمال فلما أبرزته قام الزوج يطلبها بميراث الابنة فى أبيها إذ كان بيدها، وقال لها: النحلة عطية وهى غير ما استقر لها عندك، وقالت المرأة: إنما أردت بالنحلة ميراثها وغيره هل تعذر المرأة فى ذلك بجهل أم لا؟ فاختلف الشيوخ هنا، فأفتى بعضهم بإلزامها المالين ولم يعذرها، وبعضهم مال إلى عذرها فى ذلك إذ لا يعرف معنى النحلة إلا القليل وحكم القاضى أبو محمد بن منصور فيها بعذرها وأحلف المرأة أنها ما أرادت بالنحلة سوى ميراثها وغيره فأجابها القاضى أبو الوليد: ما حكم به القاضى أبو محمد صحيح عندي، وبه أقول، فأنفذ ذلك موفقاً إن شاء الله تعالى وإن سمى الرجل لوليته فى عقد نكاحها شيئاً قلت ما نصه: واعترف فلان أن للزوجة فلانة مالا وملكاً جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو شوار قيمته كذا اعترافاً تاماً انعقد عليه هذا النكاح

وتم سببه، قال ابن رشد: وإن سمى لها شيئاً من ماله عرضاً أو أصلا فى عقد النكاح بشرط أو بغير شرط فقال لها: دارى الفلانية أو عبدى الفلانى كان ذلك نحلة من قبله، وإن قال لها الدار الفلانية أو المملوك المسمى بفلان فقيل: يكون ذلك نحلة لها بمنزلة قوله: لها دارى الفلانية أو عبدى الفلاني، وهو قول ابن القاسم فى رواية يحيى، وإليه ذهب ابن حبيب، وقيل: لا يجب لها بهذا القول شيء، وهو قول أصبغ فإن سمى لها دنانير أو دراهم أو طعاماً أو عروضاً موصوفة فقال: لها كذا وكذا وسكت أو قال: فى مالى أو على أو قبلى أو عندى فاختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال أحدها: أنه لا يلزمه من ذلك شيء، وهو قول أصبغ إلا أن يرى أنه أراد بذلك العطية، والثانى: إن قال فى مالى أو عندى أو على أو قبلى لزمه ذلك نحلة، وتؤخذ منه عاش أو مات وإن لم يقل إلا لها كذا وسكت لم يلزمه إلا أن يكون أباً أو وصياً وهو قول ابن حبيب، والثالث أنه إن قال: لها فى مالى كان ذلك فى ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال لم يتبع بذلك، وإن قال: لها عندى فهى عنده لا يلزمه إخراج ذلك إلا أن يطوع به كان له مال أو لم يكن، وإن قال: لها على أو قبلى فهو لازم له إن كان له مال ودين يتبع به فى ذمته إن لم يكن له مال، وإن قال لها كذا وكذا ولم يزد على ذلك لم يلزمه شيء، وهو قول ابن القاسم فى رواية يحيى، فإن تبين كذب الولى فيما لا يلزمه من ذلك فإن كان وصفاً وصف به الزوجة من غير شرط، فقيل: لا يكون للزوج فى ذلك كلام إذ ترك أن يستخبر لنفسه ويستوثق، وقيل: لأن ذلك إن كان قبل البناء خير بين أن يحل النكاح عن نفسه ولا يكون عليه شيء من الصداق وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملاً، وإن

كان بعد البناء ردت الزوجة إلى صداق مثلها، وإن كان ذلك شرطاً شرطه فى عقد نكاحها أو عندما خطبها إليه، فإن كان ذلك قبل البناء خير الزوج بين أن يفسخ النكاح ولا يلزمه من الصداق شيء وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملاً، وإن كان بعد البناء ردت الزوجة إلى صداق المثل، ويرجع الزوج بما بين صداق المثل وما سمى لها على الولى الذى غره بكراً كانت الزوجة أو ثيباً إلا أن تكون مالكة لنفسها وعلمت هى بذلك فيكون الرجوع عليها، وكذلك النحلة إذا استحقت بأن يكون الناحل قد حبسها قبل ذلك أو بغير ذلك الحكم فيها كما تقدم قبل هذا وللزوج الرجوع على من غرَّه، وكذلك إذا ادعى الزوج على الولى أنه شرط لوليته عروضاً أو عطايا سماها أو نحلة نحلها، وأنكر ذلك الولى فإن اليمين تجب على الولى للزوج فإن نكل الولى حلف الزوج، ورجع عليه بما بين صداق مثلها وما سمى لها، وأما إن كانت النحلة للزوج ففى كتاب «الاستغناء»: إن عقدت الزوجة نكاحها مع الزوج على نحلة نحله أبوه بشرط به تم النكاح ثم أراد الزوج الصدقة بها أو الهبة أو أن يصرفها إلى أبيه لم يكن للزوجة متعة من ذلك بشرطها ومخافة إفلاسه وفقره إلا أن يكون لها عليه دين من مهراً وغيره، وإن عجز عن النفقة كما ذكرت الزوجة طلقت عليه بعد التلوم، قال المازري: وإن أرفع الزوج للزوجة فى صداقها ليسارها، ولأنها تسوق إلى بيته من الجهاز ما جرت عادة أمثالها به وجاء الأمر بخلافه أن للزوج مقالاً فى ذلك، ويحط من الصداق الزيادة التى زادها الأجل الجهاز على الأصح عندنا، وهو دليل ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «**تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها**

ولدينها»[١]، وقال غيره: إن ساق الزوج لزوجته سياقة وجرى عرف البلد بإبراز شورة لمن ساق سياقه ثم لم يبرز إليه عند البناء شيء كان للزوج أن يحل النكاح عن نفسه إن شاء، وأجاب ابن رشد فى نحو هذا: إذا أبى الأب أن يجهز ابنته إلى زوجها بما جرى العرف والعادة أن يجهز به مثلها إلى مثله على ما نقدها وساق إليها كان بالخيار بين أن يلتزم النكاح أو يرده عن نفسه، ويسترد ما نقد ويسقط عنه ما أكلا وساق، وأما إن توفيت قبل البناء وأبى الأب أن يبرز لها من ماله ما يكون ميراثاً عنها على القدر الذى يجهز به مثلها إلى مثله فلا يلزم الزوج الإصداق مثلها على أن لا يكون جهازها إلا نقدها قال: وكذلك إن كانت حية كان الزوج قد ساق لها سياقة وأعطاها حقوقاً وجهزها الوالد بما يجهز به مثلها إلى مثله ثم ادعى فى ذلك العارية وأراد أخذه فليس للأب أن يسترد ما أبرزها به إلى زوجها من الحلى والثياب ولا يصدق فيما ادعاه من أنه إنما أبرز ذلك إليها على سبيل العارية منه لها، وبالله التوفيق.

## فصل في الشروط

وهى محمولة أبداً فى النكاح على الطوع حتى يثبت خلافه: قاله ابن العطار، وقيل: هى محمولة على الشرط، حكاه ابن فتحون قال: وهو الصواب قياساً على البيع وكره مالك -رحمه الله تعالى- الشروط فى النكاح وأن يشهد فى كتاب فيه شروط إلا أنه قال: إذا نزل النكاح بها جاز، ولم يفسخ، ومن أهل العلم من قال: إن النكاح بها يفسخ على كل حال، وقال القاضى أبو الوليد بن

(1) رواه البخارى بلفظ: ((تنكح المرأة لأربع.....)).

رشد: الشروط فى النكاح على مذهب مالك تنقسم على قسمين: قسم لا يفسد به النكاح، وقسم يفسد به النكاح، فأما الذى يفسد به النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا ميراث بينهما أو على أن الطلاق بيدها أو على أن لا نفقة لها وما أشبه ذلك مما هو مناف لمقصود العقد ومخالف سنته، فالنكاح بها فاسد يفسخ على كل حال، وأما مالا يفسد بها النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد وما أشبه ذلك، فلا يخلو أن تكون مطلقة أو مقيدة فإن كانت مطلقة غير مقيدة استحب للزوج الوفاء بها لقوله ﷺ: «**أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج**»[١] ولم يلزمه، وذهبت جماعة من العلماء إلى أنها واجبة ويقضى بها كابن شهاب وغيره، روى عنه أنه قال: كان من أدركت من العلماء يقضون بها للحديث المذكور، وإن كانت مقيدة بتمليك أو طلاق أو عتق فهى لازمة والنكاح جائز، وقيل: إن النكاح فاسد ويفسخ بها قبل الدخول ويثبت بعده، ويكون للمرأة صداق مثلها، وهو قول سحنون، وللخروج من هذا الخلاف يفقد فى الصدقات على الطوع فتقول بعد ذلك بعد الاستثمار **ما نصه:** والتزم الزوج لزوجته المذكورة شروطاً طاع لها بها بعد أن ملك عصمتها وكمل عقد النكاح بينهما استئلافا لمسرتها وتقمنا لمودتها، وهى أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد وإن شئت قلت: وطاع الزوج لزوجته المذكورة بعد كمال هذا العقد، وتمامه أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد، ومتى فعل شيئاً من ذلك فقد جعل أمر الداخلة بيد هذه تطلقها عليه بأن الطلاق شاءت أو فتجعل أمرها

(1) الحديث رواه مسلم فى صحيحه بلفظ: ((إن أحق الشروط.....)).

بيدها فى طلقة واحدة مملكة والسرية وأم الولد حرتان لله تعالى، وإن شئت قلت فى السرية: فقد جعل أمرها بيدها إن شاءت أعتقتها، وإن شاءت باعت وأن لا يغيب عليها غيبة متصلة قريبة أو بعيدة طائعاً أو مكرهاً أكثر من كذا، فإن زاد على ذلك فقد جعل أمرها بيدها ولا يضر بها فى نفسها، ولا فى شيء من مالها فإن أضر بها فى شيء من ذلك فقد جعل أمرها بيدها، وأن لا يرحلها من موضع كذا إلى غيره إلا بإذنها فإن رحلها مكرهة فأمرها بيدها، وأن لا يمنعها من زيارة أهلها من النساء وذوى المحارم من الرجال، ولا يمنعهم من زيارتها فيما يحسن ويجمل من التزاور بين الأهلين والقرابات، فإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها فأما شرط التزوج والتسرى فنص ابن فتحون على أنه إن سقط من العقد لفظ عليها أو معها فى قوله: ولا يتزوج عليها ولا يتسرى معها فإنه لا يلزمه شيء ويكون كمن عمم فقال: كل امرأة أتزوجها طالق، وكذلك إن قال، فإن فعل ذلك وأسقط شيئاً يدخله الخلاف فقد أفتى فيها ابن العطار أنه إن فعل بعض ذلك لم يلزمه حتى يفعل ذلك كله، وقال غيره: لها القيام وإن لم يقل شيئاً وبهذا كان يفتى ابن لبابة وغيره فإن تزوج عليها ثم طلقها فهل يسقط ما كان بيدها من طلاق الداخلة عليها أم لا؟ فى ذلك قولان أحدهما: أن ذلك بيدها، وهو قول ابن القاسم، والثانى: أن ذلك ليس لها بعد الطلاق، وهو قول ابن الماجشون فى الثانية وإن كان فى الشرط أن الداخلة عليها طالق فتزوج امرأة فطلقت عليه ثم تزوجها ثانية بعد انقضاء عدتها فإن اليمين تتكرر عليه ويلزمه الطلاق فيها كلما تزوج عليها، واختلف قول ابن القاسم إن كانت امرأة معينة مثل أن يقول: إن تزوجت عليك فلانه هل تتكرر عليه اليمين أو لا؛ قاله ابن رشد فى

«الوثائق المجموعة»، وإن شرط لأمر أن لا يتزوج عليها فإن تزوج فأمر المتزوجة بيدها فتزوج عليها فمكثت شهراً وأقل من ذلك، لا تقضي شيئاً فإن كانت قد أشهدت أن ذلك بيدها تنظر فيه كانت على شرطها ما لم يدخل بها فإن دخل بها ولم تشهد أن ذلك بيدها بطل شرطها إلا أن تدعى أنها لم تعلم بنكاحه فالقول قولها حتى يثبت الزوج أنها علمت، وإن كان فى الشرط أن الداخلة عليها طالق بالثلاث فتزوج عليها ثم مات فقال عيسى عن ابن القاسم: ترثه الداخلة عليها علمها الشهود أم لم يعلموا، وقال سحنون: لا ترثه لأنها طلقت عليه حين العقد قال فى «الاستغناء»: فإن جعل أمر زوجه بيدها إن تزوج عليها فتزوج عليها ولم تعلم هى بذلك حتى ماتت الداخلة أو طلقها فإن لها أن تقضى فى نفسها لأن ذلك حق قد وجب لها بتزويجه عليها فلا يسقطه طلاق الداخلة عليها ولا موتها، فإن شرط أبو الزوجة على صهره أن لا يتزوج عليها فإن فعل فأمرها بيد أبيها، فإن فعل ذلك الزوج وأراد الأب أن يفرق وأرادت البنت البقاء فالاختيار فى ذلك للأب إلا أن يرى السلطان فى ذلك أن الفراق ليس بنظر للبنت فيمنعه، وينظر فى ذلك، فإن كان الزوج جعل ذلك بيد أبيها من غير أن يشترط ذلك عليه الوالد فإن القول فى ذلك قول البنت، ويمنع أبوها من الفراق، وإن أحبت هى البقاء بخلاف الأول لأنه حق الأب لا يخرج من يده إلا بنظر السلطان، والتسرى هو الوطء، وقال ابن كنانة وابن نافع: التسرى هو الاتخاذ فمن وطئ جارية لا يريد اتخاذها فلا شيء عليه وروى يحيى عن ابن القاسم أنه لا بأس أن يقبل ويباشر ويتلذذ بالجارية، فإن زنى بامرأة فلها أن تأخذ بشرطها لأنها إنما شرطت عليه أن لا يجامع معها امرأة سراً، فإن تزوج

عليها وقد اشترط عليها التسرى فلا يمنع من ذلك، وما جعل لها من البيع فى السرية غير لازم لأنها بمنزلة الوكيل بعزلها عن ذلك متى شاء، وقيل: ليس له عزلها، وكذا إن قال لها أن تدبرها عليه أو صدقة، إن فعل أمر بالصدقة ولم يقض عليه بها، وأما شرط المغيب فجرت العادة بتحديده لستة أشهر لما روى من أن عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- سأل ابنته حفصة عن أقصى ما تصبر المرأة فيه عن زوجها فقالت له: ستة أشهر فكان لا يبعث البعث إلا لستة أشهر فدون ذلك نظراً لأهل البعوث ونسائهم، وقولنا فيه: قريبة أو بعيدة ليكون لها الأخذ بشرطها على كل حال، فإن سقط ذلك لم يكن لها الأخذ بشرطها فى القرب، ويكتب له السلطان إما أن يقدم أو يقضى عليه، والقريبة هى أن يكون على نحو البريد أو اليوم أو اليومين، قال ابن مغيث: وإن كان عمله فى عمل سلطان آخر فحكمه حكم البعيد، ولها الأخذ بشرطها، وإن كان على نحو البريد، وقولنا: طائعاً أو مكرها ليرتفع الخلاف بذلك، ويكون لها الأخذ بشرطها على كل حال إذ قال بعض العلماء: إنه إن غاب مكرها لم يكن لها الأخذ بشرطها إلا أن تشترط ذلك.

**ويكتب فى ذلك إذا ذهبت المرأة إلى الأخذ بشرطها:** عقد يعرف شهوده الزوجين فلاناً وفلانة، ويعلمون أن الزوج فلاناً غاب عن زوجته فلانة المذكورة بحيث لا يعلم أو بموضع كذا منذ كذا غيبة متصلة حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا فإن ثبت هذا وثبت كتاب الصادق المقيد فيه الشرط يكتب بأسفله رسم اليمين، **ونصه:** حلفت بإذن من وجب فلانة الزوجة المذكورة أعلاه بحيث يجب، وكما يجب يميناً قال فيها بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب

عن زوجى فلان الغيبة المشهود بها أعلاه، وما رجع من غيبته سراً ولا جهراً، ولا أذنت له فى سفره ولا أسقطت عنه حكم ما شرط لى من المغيب ولا سقط لى بوجه ولا كان سكوتى بعد انقضاء مدة المغيب وتلومى إسقاطاً لحقى فى ذلك، ومن حضر اليمين واستوعبها من الحالفة وعرفها وبحال الصحة والجوار قيد على ذلك شهادته فى كذا، وأشهدته الحالفة بعد تمام يمينها، وأنها أوقعت على نفسها طلقة واحدة ملكت بها أمر نفسها بما جعل لها زوجها المذكور فى كتاب صداقها المقيد هذا فيه فى التاريخ فإن كتبت فى الوثيقة التى فيها الشرط ولها التلوم عليه ما أحبت كان لها ذلك فى المغيب خاصة، وقضى لها به، ولا يتصور ذلك فى غيره من الشروط، ولا يجوز لأن المرأة إذا وطئت بطل شرطها فى الضرر وغيره إلا أن تقوم بضرر آخر أو أمر آخر، قاله فى كتاب «الاستغناء»، قال ابن رشد: وإذا كان التمليك للمرأة على شرط ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: أن لها أن تقضى وإن طال الأمر ما لم يرفع إلى السلطان وتوقف، وهو قول ابن المواز، والثانى: أنها إنما تقضى بالمجلس الذى وجب لها فيه القضاء فإن انقضى المجلس ولم تقض فلا قضاء لها، وهو قول أشهب وابن وهب وقول ابن القاسم فى سماع عيسى، والثالث: أن لها أن تقضى فى المغيب فى الشهر والشهرين وفى الحضور يكون لها القضاء وإن طال الأمر ما لم توقف لأن امتناعها منه دليل على أنها على اختيارها بخلاف الغيبة إذ لا دليل فيها على أنها على اختيارها، فإن زادت على الشهرين فى المغيب سقط خيارها إلا أن تشهد أن ذلك بيدها تنظر فيه، وإن طال الأمر فذلك لها، قال: والقول بأن ذلك لها فى الشهر والشهرين هو قول مالك لم يختلف فى ذلك قوله إلا فى غياب اليمين عليها أنها إنما أقامت

منتظرة ولم تترك حقها فأوجب ذلك عليها مرة ولم يوجبها أخرى، والقول بأن ذلك لها فى غير المغيب وإن طال الأمر مالم توقف هو المشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك -رحمه الله تعالى- وسئل -رحمه الله تعالى- فمن شرط لزوجته أن لا يغيب عنها مدة فإن زاد فأمرها بيدها ولها التلوم عليه ما أحبت فغاب وتلومت عليه بعد انقضاء المدة ثم قدم فمنعته من الدخول وأرادت الأخذ بشرطها، فأجاب: ما ذهب إليه الشيوخ من أن لها أن تأخذ بشرطها فى ذلك إذا قدم من مغيبه فليس بصحيح لأنه إذا قدم ارتفعت العلة التى من أجلها وجب لها أن يكون أمرها بيدها ولا تشبه هذه المسألة مسألة سماع أصبغ فى «نوازله»: إذا ماتت المرأة التى تزوج عليها أو فارقها قبل أن تعلم فلها أن تأخذ بشرطها لأن القضاء قد وجب لها فى مسألة أصبغ بالتزوج عليها، ولم يجب لها القضاء فى هذه المسألة لانقضاء الأجل إلا مع اتصال المغيب، وإنما تشبه هذه المسألة مسألة الأمة تعتق تحت العبد فلا تختار نفسها حتى يعتق العبد زوجها وقد قالوا فيها: لا خيار لها إذا أعتق زوجها قبل أن تختار كما لا يجب لها خيار إذا عتق زوجها قبل أن تختار لذهاب العلة الموجبة لاختيارها لنفسها وهى رق الزوج، وكذلك لا يجب للزوجة قضاء إذا قدم زوجها قبل أن تقضى لذهاب العلة الموجبة لقضاءها فى نفسها، وهى اتصال مغيب الزوج عنها، وهو نص قول ابن نافع فى «المدونة»: أنه لا قضاء لها إذا قدم زوجها قبل أن تأخذ بشرطها فلا يلتفت إلى ما ذهب إليه الباجى فى «وثائقه»، ومن سواه من المتأخرين لمخالفة أصول المتقدمين على ما بيناه، قال ابن المواز: ومن شرط لامرأته أنه إن غاب عنها سنة أو تزوج عليها فأمرها بيدها فغاب عنها سنة بعد أن دخل بها أو

تزوج عليها فطلقت نفسها ثم قدم فى العدة فارتجعها ثم غاب عنها سنة أو تزوج عليها لم يكن لها أن تطلق نفسها ثانية، وهى بمنزلة لو شرط لها إن غاب عنها سنة أو تزوج عليها فهى طالق فطلقت عليه ثم غاب ثانية سنة أخرى أو تزوج عليها فإنه لا شيء عليه إلا أن يكون شرطه لها كلما غاب عنها أو تزوج، وإن شرط لها إن غاب عنها سنة بلا نفقة فأمرها بيدها فغاب عنها سنة فطلقت نفسها ثم قدم الزوج فادعى أنه خلف عندها نفقة لزمة الطلاق إلا أن يقيم بينة أنه خلف عندها نفقة، و لم تلزمه النفقة إلا أن تكون رفعت أمرها إلى السلطان. قال ابن القاسم فى «المجموعة»: وإذا طلقت نفسها بالشرط فى المغيب واعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها وقامت له بينة أنه قدم قبل مدة المغيب فإنها ترد إليه وإن كان قد دخل بها الثاني، وكذلك إن شرط إن لم يبعث لها بالنفقة فأمرها بيدها فطلقت نفسها بعد أن رفعت أمرها إلى الحاكم وزعمت أنه لم يبعث لها شيئاً ثم قدم، وأقام البينة أنه كان يبعث إليها بالنفقة سقط التمليك ونزعت من الزوج الآخر وإن كان قد دخل بها لأن هذا تعد من المرأة كالتي ارتجعها زوجها وعلمت ثم تزوجت، فإن أثبت أنه كان يبعث بالنفقة وأمسكها المبعوث معه و لم يعلمها كان الطلاق ماضياً بخلاف من أثبت ديناً على غائب فبيعت داره ثم قدم فأثبت أنه كان قضاه لم يرد البيع، وإن كان ذلك تعدياً لأن التعدى فيها على الذمة والتعدى فى الزوجة على عينها فأشبه ما غضبت عينه ثم بيع بيعات فإن ذلك لا يقطع حق صاحبه، فإن غاب الزوج وذهبت المرأة إلى الأخذ بشرطها فيثبت الصداق الذى فيه الشرط.

**ويكتب فى المغيب**: عقد يعرف شهوده فلاناً الزوج المذكور فى الكتاب أو فوقه، ويعلمون أنه غاب عن زوجته المذكورة فيه منذ كذا وكذا بحيث لا يعلم، ولم يرجع من مغيبه فى علمهم حتى الآن، ويعرفون الزوجة، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا، **فتكتب رسم اليمين**: حلف عن إذن قاضى الجماعة فلان فلانة الزوجة المذكورة فى كذا بحيث يجب كما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب عنى زوجى الغيبة المشهود بها فى رسم كذا، ولا رجع من مغيبه سراً ولا جهراً، ولا أسقطت عنه حكم الطوع المقيد فى كذا، ولا سقط لى بوجه، ولا أذنت له فى سفره، ولا كان سكوتى بعد انقضاء مدة المغيب وتلومى عليه إسقاطاً منى لحقى فى ذلك، ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالفة عن الإذن المذكور وعرفها وأشهدته بإيقاعها على نفسها طلقة واحدة قيد شهادته فى كذا، وأما شرط الضرر فالأحسن أن يقال فيه: فإن فعل شيئاً من ذلك؛ لأنه إن قال: فعل ذلك، وثبت إذايتها فى مالها دون نفسها أو العكس، ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه ليس لها الأخذ بشرطها، حتى تثبت الضرر فى الوجهين، والثانى: أن لها الأخذ بشرطها فإن قالت شيئاً من ذلك ارتفع الخلاف، وكان لها الأخذ بشرطها فإن التزم لها التصديق فى الضرر بغير عين، فقال ابن رشد: اختلف فى ذلك فروى عن سحنون أنه قال أخاف أن ينفسخ النكاح قبل البناء، فإن دخل بها فلا يقبل قولها إلا ببينة على الضرر، وحكى عن ابن دحون أنه كان يفتى بأن ذلك لا يلزم ولا يجوز إلا ببينة ثم قال: ولا اختلاف أنه إذا لم يكن ذلك مشترطاً فى أصل العقد أنه جائز نافذ، وفى «الاستغناء»: إن أرادت ترك اليمين

وأن يجعلها مصدقة بغير يمين تلزمها لم يجز فى المغيب، وجاز فى الرحيل والضرر والزيارة، وتقول وهى مصدقة فيما ادعته من الضرر فى نفسها أو فى الرحيل أو فى الزيارة بغير عين تلزمها، والظاهر من «وثائق ابن فتحون»: أن التصديق فى المغيب دون يمين جائز عامل خلاف ما ذكر فى «الاستغناء»، وإذا لم يثبت الضرر ودعت الزوجة إلى تحليفه فقال ابن فتحون فى وثائقه: إنه لا يحلف بدعواها إذا أنكر، وقال ابن الهندي: إذا قالت شرطت عليه الاتفاق وعلى بنيها وأنكر هو فإنه يحلف، وهى على شرطها أبداً فى الضرر، وإن طال الأمد على المشهور من مذهب ابن القاسم إلا أن تمكنه من نفسها فيتلذذ بها أو يطأها، فإن أقرت بالتمكين وادعت الإكراه حلف هو وسقط قيامها وله رد اليمين عليها، فإن حلفت أخذت بشرطها وسأل ابن حبيب سحنوناً عمن شرط لامرأته فى كتابها إن أضر بها فأمرها بيدها فتأتى فتذكر أنه ضر بها هل ذلك من الضرر؟ فقال: إن كان مثله ممن يؤدب امرأته -يريد وهو مأمون على ذلك- فليس ذلك من الضرر وهو مصدق أنه ضربها لذنب كان منها وعليها البينة أنه ضربها ظالماً ثم يكون لها الخيار، وإن كان مثله لا يؤدب أهله ولا يعنى بها لرداءة حاله وقلة عنايته بأمرها فعليه البينة أن ضربه لها كان عن ذنب منها مستوجب به ذلك، وإلا فهى مصدقة أنه ضربها ظالماً، ويكون مضرا إن أقر بالضرب، وإن جحد الضرب فى الوجهين فقامت عليه البينة بالضرب فيجحده فيصير ضربه ضرراً فى الوجهين، ولها الخيار ولا يقبل منه أنه لذنب، وإن كان مثله ممن يؤدب أهله لأنه بجحوده خرج عن التصديق، وقال غيره: إن أتت وبها من الضرب آثار قبيحة وأمر مشتهر مستنكر، وقالت: إن زوجها فعل ذلك بها وقامت بشرطها ولم يسمع لزوجها شكاية لغيره أنه فعل ذلك بها وكان ممن لا يؤمن حاله حلفت أنه

من فعله وتأخذ بشرطها، وإذا كتبت فى الطوع فأمرها بيدها فقط، فإن كان شرطاً فى الصداق فلها أن تطلق نفسها أن لا يرحلها إلا بإذنها أن له أن يرحل بها حيث شاء قرب أو بعد إذا كان مأموناً عليها، وحسن الصحبة لها، وإن كانت حالة على خلاف ذلك فليس له أن يرحل بها ولا ينقلها، قال ابن رشد: وهو محمول على أنه حسن الصحبة حتى يتبين خلافه والعبد فى ذلك بخلاف الحر ليس له أن ينقلها بوجه، وليس للزوج أن يرحل بزوجته من موضع سكناها إذا شرطت ذلك عليه، وإن كانت بموضعها فتنة، وقيل: ما لم يكن خوفاً بيّناً، قاله فى «الاستغناء»، وإن أراد أن يكترى لها دارا لسكناها وأرادت هى السكنى فى دارها بمثل ما يكترى لها أو دون ذلك فله ذلك، قاله فى «الاستغناء» أيضاً فإن نقلها ثم أراد ارتجاعها فعليه مؤنتها ذاهبة وراجعة فى قول ابن القاسم، وقيل: ليس عليه مؤنة رجوعها، وقال أبو عمران الفاسي: إذا نقلها إلى موضع ثم طلقها فيه فعليه مؤنة رجوعها لأنها إنما رحلت بسببه وكذلك إن طلقت نفسها بشرطها فعليه مؤنة ارتجاعها، حكاه ابن العطار، وذكره عنه ابن فتحون، وقال: لا أعلم أحداً قاله، فإن حالت بينه وبين الموضع الذى رحلها منه فتن ومخافة أو كان بينهما بحر وأظل فصل الشتاء، وامتنع الناس من ركوبه فأرادت الأخذ بشرطها، فقال ابن فتحون: لا أعلم لأحد من أهل العلم فى ذلك قولاً، وعندى أن ذلك لا يجوز لها لأنها رحلت معه برضاها وصرفها عذر مانع فإن أخذت بشرطها فقد أساءت، وينفذ قضاؤها عندى لأنه وجه لا شرط، والطلاق أولى ما احتيط له، وعلى الحاكم أن يمنعها من القضاء قبل ذلك حتى يزول المانع.

ومن تزوج امرأة ثم أسكنها مع أبيه وأهله فشكت الضرر لم يكن له أن يسكنها معهم، وإن احتج أن أباه أعمى نظر فى ذلك فإن رؤى ضرر منع، قال

ابن الماجشون: رب امرأة لا يكون لها ذلك تكون وضيعة القدر وذات صداق يسير وفى المنزل سعة، فأما ذات القدر واليسر فلابد له أن يعزلها، وإن حلف على ذلك حنث.

وليس للزوج أن يسكن أولاده من امرأة أخرى مع زوجته فى بيت واحد ولا مسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك؛ قاله فى سماع ابن القاسم، وقال ابن زرب: إذا تزوج رجل امرأة ولأحدهما ولد صغير فأراد إمساكه معه بعد البناء فإن كان له من أهله من يحضنه ويكفله أجبر على ذلك، وإن لم يكن له ذلك لم يكلف إخراجه وأجبر من أبى منهما على البقاء معه، ولو وقع البناء والصبى مع أمه أو أبيه ثم أراد إخراج الربيب أو الربيبة بعد ذلك لم يكن ذلك لواحد منهما لدخوله عليه، فإن اشترط حضانته فى كتاب الصداق.

**قلت ما نصه:** وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره المسمى بفلان أو تطوعت الزوجة بحضانة ابن الزوج أو ابنته من غيرها مدة الزوجية بينهما إلى سقوط ذلك شرعاً، فإن التزم الزوج مع ذلك إجراء النفقة على الابن قلت: وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره فلان وإجراء النفقة عليه من ماله بطول الزوجية بينهما إلى سقوط ذلك شرعاً، وذلك لازم للزوج لأنه معروف التزمه فإن مات المتطوع سقط التطوع، وإن كان لمدة معلومة وبقى من المدة شيء لأنها هبة لم تقبض ولا يرجع الزوج بشيء منها لأنه معروف منه وصله للربيبة ولم تترك الأم من حقها على ذلك شيئاً، وقع ذلك للشيوخ فأجمعوا عليه، وسواء كان طوعاً أو شرطاً قال بعضهم: وإن كان الطوع مدة الزوجية فإنما يلزم الإنفاق على الربيب ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب، وأما شرط الزيارة

فإذا منعها من الخروج كان لها الأخذ بشرطها وإذا لم تشترط عليه ذلك فلها زيارة ذوى محارمها من أهلها بالمعروف، ويقضى عليه بذلك، وأما شهود الجنائز واللعب فلا يقضى عليه بذلك قال ابن حبيب: لا يحل لذات الزوج الخروج بغير إذن زوجها إلى بيت أبويها ولا إلى سواه، وينبغى لزوجها أن لا يمنعها من الخروج إلى أبويها، ولا يمنعها من الدخول إليها، فإن زعم أنه لا يحل خروجها ولم يرد بذلك ضرراً لم يحكم السلطان عليه بذلك، وليس له منعهما من الدخول إليها، فإن منعهما من الدخول إليها قضى عليه به، ولم يقض عليه بالخروج، وكذلك إن كان حلف عليهما معاً قضى عليه بالدخول وحنث فيه، قال ابن مغيث: فإن منع أهلها من الدخول لداره لزيارتها من غير مرض قيل لهم: اجتمعوا معها عند باب الدار،

وفى «الاستغناء»: إن شكا ضرر أبويها فإن كانا صالحين لم يمنعا من زيارتها والدخول إليها، وإن كانا مسيئين واتهما بإفسادها زاراها فى كل جمعة مرة بأمينة تحضر معهم.

وفى «العتيبة»: ليس للزوج أن يمنع زوجته من الخروج إلى أبيها وأخيها ويقضى عليه بذلك خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب، وأنه يقضى عليه بأحد الوجهين، قال ابن رشد: وهذا الخلاف إنما هو للشابة المأمونة فى نفسها، وأما المتجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج إلى زيارة أبيها وأخيها، وأما الشابة غير المأمونة فلا يقضى لها بالخروج إلى ذلك، والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت خلافه ويلزم الرجل أن يأذن لامرأته فى أن يدخل عليها ذوات رحمها

من النساء، ولا يكون ذلك فى الرجال إلا فى ذوى المحرم منها خاصة، وقال ابن رشد فى الحاضنة إذا لم تكن قريبة: إن لها الزيارة بحكم الشرط، وأنها كالقريبة لأن القصد إنما هو أن لا يحول بين الزوجة وبين من تأنس بها، وترجو الانتفاع بها، والصهر فى ذلك بمنزلة ذوى المحارم من أن تدخل على نفسها من يشهد عليها فى شهادة لم يكن للزوج منعها، ولا لها أن تدخل أحداً بغير إذن زوجها.

**شرط الإخدام:** ينبغى أن يكون عقده على الطوع لأنه إن كان شرطاً فى النكاح فسخ به قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل، ويسقط الشرط.

**فتقول ما نصه:** وعلم الزوج أن زوجته هذه ممن لا تخدم نفسها حالها ومنصبها فتطوع بإخدامها، وإجراء النفقة والكسوة والمؤنة كلها على من يخدمها من ماله بطول الزوجية بينهما واعترف أنه قادر على ذلك وماله يتسع له فإن لم تشترط ذلك الزوجة على زوجها فلا يلزمه إخدامها إلا أن يكون من أهل اليسار والزوجة من ذوات الحال وممن لا تخدم نفسها فيلزمه إخدامها بخادمٍ يشتريها أو حرة يستأجرها، فإن تنازعا فى ذلك فعلى الزوج البينة أنه ممن ليس عليه إخدام بالنفقة والكسوة، وقيل: البينة على المرأة.

وفى «الاستغناء»: يلزم الزوج نفقة من يخدم زوجته إذا أتت الزوجة بها وليس على الزوج أن يأتى بمن يخدمها، وقيل: يلزم الزوج أن يأتى بمن يخدمها وعاب القول الأول ولم يره شيئاً وقال مالك: إذا قال الزوج أنا أدفع لها خادماً ولا أنفق على خادمها فطلبت هى خادمها فذلك لها لأنها أرفق بها، وينفق عليها وإن لم تخدمه، وإن تشكى الزوج من خادمٍ زوجته وادعى أنها تفسد عليه زوجته لم

يكن له زوالها إلا أن يثبت البينة على قوله أو أن يعرف ذلك جيرانه. قال ابن القاسم: ليس على المرأة من خدمة نفسها قليل ولا كثير إذا كان زوجها ملياً، وقال ابن الماجشون وأصبغ: إذا كانت ذات قدر فى نفسها وصداقها فلا خدمة عليها من غزل ولا طبخ ولا عجن ولا كنس ولا غيره، وعليه أن يخدمها إن كان ملياً، وإن كان صداقها لا بال له وليست من ذوات الحال كان عليها الخدمة الباطنة كلها من عجن وكنس وفرش وإسقاء ماء فى الدار، قال ابن لبابة: يلزم ذلك لها وله، ولا يلزم زوجها أن يخدمها وإن كان ملياً، قال بعضهم: وللزوج منع المرأة من النسج والغزل، ولا حق له فيما غزلت ونسجت، وعليها أن تتزين له، ويمنعها من كل ما يؤذيه من الروائح كتنقية الثوم وغيره، ولا يلزمه لها أكثر من نفقة خادم واحد فى رواية ابن القاسم عن مالك. وقال أصبغ عن ابن القاسم: يلزمه نفقة خدمها إذا كانت ذات شرف نفقة الخادمين والثلاثة مع الكسوة، ومن عجز عن الإخدام لا تطلق عليه امرأته، وبه القضاء، وروى عن سحنون: أنها تطلق عليه.

**المتعة:** إن كانت شرطاً فى النكاح فسد بها النكاح، وإن كانت طوعاً فالأجود أن تكتب فى عقد منفرد، وإن كتبت فى كتاب الصداق **قلت ما نصه:** وتطوع عن الزوجة والدها أو وليها فلان بعد كمال العقد وتمامه بينهما صحيحاً بإمتاع الزوج بسكنى الدار التى للزوجة بكذا أو باستغلال الموضع أو الأملاك التى للزوجة بكذا والارتفاق بذلك إمتاعاً صحيحاً بطول الزوجية بينهما من غير كراء يلزمه فى ذلك، ولا مناب، وقبل ذلك الزوج، وتطوع فيه بما عينه العرف والعادة فى الإمتاع بمثل ذلك بموضع كذا ينفق ويؤدى بدوام متعته من

غير رجوع فيه، وإن ضمن الدرك فهو أحسن وأحوط للزوج؛ فتقول: وضمن الممتع كل درك يلحق الزوج المذكور فى ذلك فى ماله وذمته وإن كان شواراً قلت فيه: وتطوع بإمتاعه باستعمال الشوار وامتهان الأسباب مدة الزوجية بينهما وبقاء أعيانها، فإن استغل الزوج مال الزوجة وأزدرعه وانتفع به وهى تحته من غير متعة ثم قامت تطلب الكراء كان لها ذلك، وإن زرعه بأمرها وأكله ولا يعلم هل كان عن طيب نفس منها أم لا ثم طلبته بالكراء كان لها ذلك بعد يمينها أنها لم تهب له ذلك، ولا خرجت عنه.

وسئل بعضهم عن المرأة تعطى زوجها طعاماً أو ذهباً أو ثياباً عن طيب نفس منها إلى أعوام ثم يقع بينهما كلام فتطلب ذلك وتزعم أنه كان سلفا فقال: القول ولها مع يمينها ولها أخذ ذلك. وأما دار الزوجة إذا أسكنها الزوج ثم طلبته بالكراء فاختلف فيها قول مالك -رحمه الله تعالى- فقال مرة: ذلك لها إن كان موسراً، وقال مرة: ليس لها ذلك فيما مضى، وقال ابن القاسم: إذا بنى بها فى دارها ثم طلبته بالكراء فلا شيء لها، يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وذكر ابن العطار هذه المسئلة فقال: إذا سكن الرجل دار امرأته فإن كانت مالكة أمرها، فقيل: عليه الكراء، وقيل: لا كراء عليه فيما مضى، ولها الكراء من يوم تطلبه، وإن كانت فى ولاية فلها الكراء من يوم سكن، قال محمد ابن عمر: إنما هو أحد وجهين إما أن يكون الكراء ليس من حق الزوجة فلا يعتبر فى ذلك مالكة أمر نفسها أم مولى عليها، وإما أن يكون من حقها فلا يسقط لمالكة نفسها ولا مولى عليها، وقد اختلفت فى ذلك قوله فى «المدونة»، والصواب وجوب الكراء إذ هو حق لها لم يسقطه كتاب ولا سنة، واختلف إن

كانت الدار مكتراة بيد الزوجة فقال ابن القاسم: لا شيء لها وهي بمنزلة منزلها، وقال غيره: ذلك لها وعليه الأقل مما اكتريت به أو كراه ذلك المسكن، قال بعضهم: والأول أبين إن كانت نقدت وإن لم تنقد كان الأمر مشكلاً وأرى أن يحلفها أنها لم تسكنه إلا أن يكون هو الذى ينقد الكراء، ويكون عليه الأقل من كرائها أو كراء المثل فى ذلك المسكن أو ما يحكم به عليه لها، وإن كان المسكن لأبيها أو لأمها كان كمسكنها لا شيء لها مدة كونها فى العصمة لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وقد اختلف إذا طلقها فى دارها التى كان يسكن معها فيها فتبطله لخراج العدة فيها هل يحكم لها أم لا؟ على قولين، والأظهر منهما وجوبها عليه، وسئل ابن رشد فيمن ساق لزوجته مالاً وداراً فاستغل المال وسكن الدار إلى أن مات، فقال: للمرأة أن ترجع فى مال زوجها فيما استغل من ذلك، وأما سكناه فى الدار فلا كراء لها فيها عليه إلا فى المدة التى لم تخرج فيها من الولاية على ما جرى به العمل من أحد قولى ابن القاسم فى «المدونة»، وقال ابن الحاج: إذا تزوج رجل امرأة ولها دار وأباح له والدها وأمها أو وصيها السكنى فيها طول أمد العصمة دون خرج يلزمه والتزم أحدهم ضمان الدرك فى ذلك فى ماله وذمته فتوفى الضامن والزوجان فى قيد الحياة وعصمة النكاح فالواجب أن يوقف من تركته بقدر عمر أقل الزوجين عمراً كمسئلة المخدم والموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وانظر ذلك فى صدر الوصايا الثانى، ومسائل الخدمة حيث وقعت فى «المدونة» و«العتبية»، قال: وأحسن من هذا أن تلزم المرأة الإباحة، ولا ترجع على الزوج والولى أبداً لأن ذلك عرف جارٍ فإن أمتعت المرأة زوجها فى أرض أو كرم مدة الزوجية بينهما ثم انقضت الزوجية

بموت أحدهما أو بطلاق فإن كان الإمتاع فى أرض وطَلق الزوج بعد الحرث وقبل الزراعة فالزوجة مخيرة بين إعطاء قيمة حرثه وأخذ أرضها وبين تركها بيده وأخذ كرائها، وحكم ورثة من مات منهما حكم موروثه إن كان انقضاء الزوجية بينهما بالموت، وإن طلقها بعد ازدراع الأرض فالزرع له، ويلزمه من كراء العام بقدر ما بين وقت الطلاق أو الموت وبين وقت الحصاد تنسب تلك المدة من العام ويؤخذ منه من الكراء على قدر تلك النسبة وحكم ورثته حكمه فى ذلك كله، وإن كان انقضاء الزوجية بموت الزوجة فيلزمه من الكراء على قدرتك النسبة لكن يسقط عنه مقدار حظه إذ هو من الورثة، ويؤخذ بالكراء على النسبة المذكورة فى حظوظ الورثة لا غير، وهذا هو القول الجارى على القياس، وقد قيل: إن الزرع للزوج ولا كراء عليه حملاً على ما قيل فى الحبس والعمرى، وقد قيل: إن كان إبان الزراعة باقياً فعليه كراء الأرض كاملاً، وإن كان قد فات فلا شيء عليه حملاً على الاستحقاق، وإن انقضت الزوجية بعد الحصاد فلا خلاف أن ذلك للزوج أو لورثته من غير شيء يلزمه، وإن كان الإمتاع فى كرم فإن انقضت الزوجية بما ذكر بعد بدو الصلاح فالغلة للزوج أو لورثته، وإن انقضت قبل بدوّ الصلاح فالغلة للزوجة أو لورثتها، وبدوّ الصلاح أن تظهر الحلاوة فيه ويجوز بيعه، وهكذا حكم الحبس والعمرى المراعى فيها بدوّ الصلاح وظهور الطيب، وكذلك حكم الاستحقاق والرد بالعيب وفى البيع الفاسد وفى الشفعة وفى التفليس المراعى فيها كلها بدوّ الصلاح على أحد قولى ابن القاسم فى «المدوّنة» إلا أن الزوج متى كانت الغلة للزوجة أو لورثتها لا يرجع بما سقى وعالج فى الإمتاع إذا كان قد طاع فى عقد الامتاع على العادة فى

ذلك، والشرط به لا يجوز، والطوع لا يوجب أن يرجع به ولو سكت عن ذلك فى العقد لحمل على الطوع الجائز أو العادى إن كانت عادة، -والله سبحانه وتعالى أعلم- وكذلك إن كان الإمتاع فى ثمرة فإن انقضت الزوجية بعد أن بدا طيبها فهى للزوج، وإن كانت قبل أن تطيب فهى للزوجة أو لورثتها، وإن كانت أبرت وهى محمولة على الاستحقاق ولا يكون للمستحق منه فى الثمرة حق إلا أن تطيب، وأما قبل ذلك فهى لصاحب الأرض، وقد قيل: إنها لا تكون له إلا إن قطعها، وقيل: إلا أن تيبس، وأما قبل أن تطيب فهى للمستحق قولاً واحداً والمتعة محمولة على ذلك ولا عبرة فى ذلك بالإبار بخلاف البيع، فإن اشترط الزوج لنفسه كسوة تخرجها له الزوجة أو وليها للباسه على ما جرت به العادة، **قلت ما نصه**: والتزم والد الزوجة أو وليها فلان أن يخرج للزوج عند بنائه بالزوجة رسم لباسه جبة قيمتها كذا، وغفارة صفتها كذا وكذا، وقيمصاً وكذا سراويلات التزاماً تاماً فى ماله وذمته، وحكمها حكم الصداق تثبت بثبوته، وتسقط بسقوطه، وإذا وقع التزام ذلك من الزوجة عقد النكاح كما ذكر فلابد أن يكون فى الصداق زيادة على قيمة ذلك مقدار أقل الصداق فأكثر وإلا فسد النكاح لأنه يكون نكاحاً بلا صداق، وذلك عطية للزوج تثبت له بثبوت الصداق عليه، وتسقط بسقوطه عنه فإن لم يقع التزام ذلك وذكره فى كتاب الصداق وأخرجت المرأة ذلك فى شوارها كالغفارة والقمص وغيرها، وربما لبس ذلك الزوج، وربما لم يلبسه وذهبت الزوجة أو وليها إلى أخذ ذلك ويزعمون أنها كانت عارية وأنها فعلت على طريق التزيين لأعلى طريق العطية، فقال ابن رشد: إن كان فى تلك الثياب عرف فى البلد جرى به العمل واستمر

عليه الأمر حكم به، وإن لم يكن فى ذلك عرف معلوم فالقول قول المرأة أو وليها فيما يدعيانه من أنها عارية أو على وجه التزيين، وما أرسله الزوج إلى زوجته من حلي أو ثياب أو غير ذلك، فإن أرسل ذلك على وجه الهدية وأعلن بها ولم يذكر غير ذلك ولا رأى أنه يريد غيرها لم يكن له فى شيء من ذلك قبل الدخول ولا بعده إلا أن يفسخ قبل البناء فله ما أدرك من هديته، وكذلك ما أهداه لوليها أو قريبها تطوعاً لا شيء له فيه، وإن سماها عارية إذا أرسلها وقبلتها الزوجة على ذلك فهى على ما سمى، وأما إن سكت إذا أرسلها فإنه ينظر إلى دعواه فيها فإن ادعى أنها عارية فإن أقام بينة أنه أشهد بها سراً حين أرسلها فهو على ما أشهد، وإن لم تقم بذلك بينة فلا شيء له فيها وإن ادعى أنه أرسلها لتحتسب له من صداقها فإنه يحلف على ذلك، وتكون المرأة مخيرة بين أن تصرفها عليه أو تحسبها من صداقها على أنه أرسلها هدية ليكافأ عليها فإنه ينظر إلى حال البلد، فإن كان المتعارف عندهم حين يهدون إلى نسائهم يكافئوا عليها كان القول قوله، وإن لم يكن فى البلد سيرة بذلك ورؤى أن الهدية إنما كانت من الزوج إلى زوجته ابتغاء المكافأة وعرف ذلك كان القول قوله، وإن لم ير فى وقت الهدية ما يدل على إرادته التى ذكر لم يكن له قيام فيها، وفى «المدونة»: ليس بين المرأة وزوجها ثواب إلا أن يعلم إرادة ذلك، وقال مالك –رضى الله تعالى عنه– : ليس فى الدنانير والدراهم ثواب ولا يقبل ذلك ممن ادعاه فيها، وقال ابن عبد الحكم: إذا رؤى فيها الثواب كان ممن ادعاه، وسئل ابن زرب عن الذى يفعله الناس إذا تزوج الرجل أهدى إليه إخوانه الجزور وغير ذلك ثم يقول الباعث عند بنائه إنما بعثته ليكون من بعثت إليه شيئاً إذا تزوجت

أن يبعث إلى بمثل ما بعثت إليه، فقال: لا أدرى ما هذا أو لا آمر به، وهو ما ينبغي أن يحكم به بين الناس لأنه من الأشياء التي يرى أنه لم يرد بها الثواب فى الوقت، وإنما هو رجل يدعى ذلك، ولعله لا يكون ليس هذا بشيء ولا أرى فيه ثواباً فإن اشترط ورؤى أنه إنما بعثه على هذا الشرط كان له الرجوع بقيمة ما بعث حالاً على المبعوث إليه، وسئل عنها إسحق بن إبراهيم فقال: ليس فى الهدايا والتحف مكافآت ولا مثوبة إلا لمن اشترطها عند إرسالها، وأما هدية العرس وهى ما جرى العرف أن الأزواج يهدونها عند الأعراس فاختلف فيها قول مالك فمرة رأى القضاء بها لأن العرف كالشرط إلا أنه أبطلها فى الموت والطلاق، ومرة لم ير القضاء بها، قال ابن القاسم: وهو أحب قوليه إلى، وأما ابن حبيب فحكم فيها بحكم الصداق فى الطلاق وغيره إلا أن تفوت فلا يكون له منها شيء، قال: وأما هدية الإملاك فلا يقضى بها ولا يكون له منها شيء فى الطلاق، وإن أدركها قائمة، ولا فرق بينهما إلا من جهة العرف، فلو انتقل العرف لا ننقل الحكم بانتقاله، وما اشترك على الزوج من جزور ولحم وغيره فلازم له؛ قاله ابن مسعدة الحجازي، وهو للمرأة، وقال غيره: إن طلق قبل البناء فنصفه للزوج، وإن ابتنى فيلزم المرأة أن تصنع به طعاماً لأنه عرف الناس على ذلك يشترطونه، وهو إن طلق قبل البناء كالمهر، والله الموفق.

## إنكاح الأب ابنته الثيب البالغ التي في حجره

تبدأ بالخطبة ثم تقول وبعد: فهذا كتاب نكاح العقد بين فلان وفلانه على صداق كذا النقد منه كذا قبضة للزوجة والدها إذ هي فى حجره يجهزها به إليه، وصار بيده وأبرأ منه الزوج فبرئ والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا.

**وإن شئت قلت:** وبعد فهذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها على بركة الله تعالى كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا، والكالئ كذا، وتبنى على ما تقدم فى الشروط وغيرها ثم تقول: أنكحه إياها أو أنكحها إياه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه والدها، وهى ثيب خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتضمن الشهادة عليها وعلى الزوج والولى الوالد ثلاثتهم بما فيه عنهم من أشهدوه به وعرفهم وهم بحال صحة وطوع وجواز إلا الزوجة، فجواز فعلها فى النكاح خاصة، وفى تاريخ كذا.

**بيان:** ذكرنا فى هذا أن النكاح العقد بينها وبين الزوج لأن الشهادة وقعت عليها بخلاف البكر التى يزوجها أبوها وقولنا بإذنها أو رضاها وتفويضها ذلك إليه لأن الثيب لا يجبرها والدها على النكاح ولا يزوجها إلا برضاها، قال اللخمي: إلا أن يظهر منها الفساد فيجبرها والدها على النكاح أو وليها، والأحسن إن كان الولى غير الوالد أن يرفع أمرها إلى الحاكم ليزوجها ممن يصلح بها، وكذلك إذا طلقت الثيب لها أن تسكن حيث شاءت إلا أن يخاف عليها الضيعة فيمنعها والدها من ذلك ويردها إليه، والثيوبة المسقطة للإجبار هى ما كانت من نكاح صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده أو على

وجهة الملك كان الملك صحيحاً أو فاسداً، واختلف إن كانت من زنا أو غصب فقال فى «المدونة»: تجبر كالبكر، قال القاضى عبد الوهاب: الغصب والطوع سواء يجبران، وقال ابن الجلاب: الثيب بنكاح أو زنا سواء لا تجبر، قال اللخمى: أرى أن يكون كالثيب بنكاح، ولا تجبر لوصول العلم لها بما يراد منها من ذلك ولمباشرتها فلا فرق بين أن يكون ذلك عن حلال أو حرام، وتكون كالبكر فى صفة الإذن فيكون إذنها صمتها مثل البكر لأنها تستحى أن تقول نعم لما سبق مما تعذر به فى النطق، فإن سقطت عذرتها بغير وطء معين فهى كالعذراء سواء باتفاق. وفى «نوازل ابن الحاج»: العذرة تذهب بها الوثبة والحيضة والتعنيس واختلف فى البكر غير البالغ يزوجها والدها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها قبل أن تحيض هل له جبرها على النكاح بعد ذلك أم لا؟ على ثلاثة أقوال: أحدهما: بأن له جبرها ما لم تحض عنده، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، والثاني: أن له جبرها وإن حاضت عنده وهو قول سحنون، والثالث: أنه لا يجبرها على النكاح، وإن لم تبلغ ويرتفع الإجبار مع بقاء البكارة إذا طال مقامها عند الزوج مدة يحصل لها العلم بحال الرجال مع النساء، واختلف هل لذلك حدّ، فقيل: لذلك حدّ وهو سنة، وقيل: لا حد له إلا ما يرى أنها قد علمت ما تعلمه الثيب، وهو أحسن. وقولنا: خلو من الزوج والعدة لئلا تدعى بعد ذلك أنها فى عصمة زوج آخر أو أنها حامل ولم يأتها الحيض -تريد بذلك فسخ هذا النكاح- فلا يقبل ذلك منها إلا أن يثبت وإن سقط ذلك من العقد فبين الشيوخ فى ذلك تنازع منهم من قال: إذا لم يأت لها من الوقت الذى خليت فيه ما يتبين فيه الحمل أن النكاح يفسخ، وبه قال ابن

عتاب، ومنهم من قال: لا يقبل قولها فى ذلك إذ لعلها قد ندمت فى هذا النكاح، وبه قال ابن العطار، والقول الأول أقيس بالأصول إذ هى مؤتمنة على فرجها.

## فصل

فإن كانت ثيباً مالكة أمر نفسها وزوجها أبوها فتكتب فى ذلك ما تقدم فى الثيب التى فى حجر والدها إلا أنك تجعل قبض النقد إليها، وتقول: أنكحها إياه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه والدها، وهى ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتضمن الشهادة عليها وعلى الزوج والولي، ولا تستثنى فى جواز فعلها واختلف متى تخرج ذات الأب من الولاية وتملك أمرها؟ فقيل: إنها تخرج بالمحيض بكراً كانت أو ثيباً وهى رواية زياد عن مالك، وقيل: إذا تزوجت ودخل بها زوجها، وهو قول مالك فى «الموطأ» و «المدونة»، ورواية مطرف عنه فى «الواضحة». واستحب مالك فى قوله أن يحكم بذلك بعد البناء بالعام ونحوه إذا ظهر حسن حالها، وقيل له: لا تخرج من الولاية إلا إذا عنست إن كانت بكراً ودخل بها زوجها، وحد التعنيس فيها أربعون سنة، وقيل: من الخمسين إلى الستين، وقيل: تخرج من الولاية إذا تزوجت وأقامت مع زوجها عامين، وهو قول ابن نافع، وقيل: لا تخرج من الولاية إلا إذا تزوجت ومر بها مع زوجها سبعة أعوام ويعزى هذا القول لابن القاسم وبه جرى العمل؛ قال القاضى أبو الوليد الباجي: لا يجوز فعل ذات الأب فى مالها حتى يتم لها مع زوجها سبعة أعوام؛ قاله ابن القاسم فى بعض أسمعته، وعليه العمل عند الشيوخ،

وقال ابن أبي زمنين: الذى أدركنا عليه الشيوخ أن أفعالها لا تجوز ولا تخرج من الولاية إلا إذا مضى لها فى بيت زوجها من الستة الأعوام إلى السبعة الأعوام، وذلك ما لم يجدد السفه عليها الأب فإن جدد عليها السفه قبل ذلك فالولاية لها لازمة حتى ترشد، وبذلك كان يفتى ابن رزب وإليه ذهب ابن العطار، وكان أبو عمر الإشبيلى وابن العطار يقولان إن التحديد عليها للسفه لا يجوز بعد تزوجها ولا يلزمها إلا أنِ يتضمن عقد التحديد معرفة الشهود لسفهها، فإن ولى عليها الأب ثم تراخت مدته إلا إن جاوزت السبعة الأعوام فهل تلزمها تلك الولاية أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أن ذلك لازم لها كما لو جدد عليها السفه، والثانى: أن ذلك لا يلزمها كما لو ولى عليها وهى بكر ثم تزوجت وأقامت مع زوجها أكثر من سبع سنين ثم مات الأب أن الإيصاء ساقط عنها وانظر إذا تزوجها بكراً ومات الأب قبل أن يتم لها مع زوجها سبعة أعوام هل تملك نفسها إذ ذاك أم حتى تنقضى السبعة الأعوام ففى كلام بعضهم وما يدل عليه قولهم ما يقتضى أنها لا تملك نفسها حتى تنقضى السبعة الأعوام والقول بأنها تملك نفسها له وجه من النظر لما فيه من الخلاف المتقدم.

## إنكاح الأخ أو غيره من الأولياء اليتيمة البكر البالغ المهملة وغير البالغ

هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة ابنة فلان أصدقها على بركة الله تعالى كذا وكذا من سكة كذا نقداً وكالئاً وهدية تشتمل على كذا النقد من ذلك كذا مع الهدية برسم الحلول على الزوج إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح، والكالئ كذا مؤخراً عنه إلى أجل كذا، وتبنى على ما تقدم ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها إليه فى ذلك أخوها فلان شقيقها أو عمها فلان أو القاضى بموضع كذا وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب، فإن كان الولى القاضى زدت بعد قولك بعد الاستئمار الواجب وثبوت ما أوجبه ثم تضمن الشهادة على الزوج والولى بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحال صحة وجواز، وأشهد على القاضى فلان بما فيه عنه من أشهده به، وأشهد الزوج بما فيه عنه وعرفه وبحال صحة وجواز، ثم تقول: وحضر استئمار الزوجة وعاينها سافرة عن وجهها صامته صمتاً يفهم منه الرضا بعد أن علمت بالناكح والمهر، وأن إذنها فى ذلك صماتها فصمتت راضية به، وفى تاريخ كذا.

**بيان** : قولنا فى النقد إلى أن يبرأ منه بالبيان ليرتفع الخلاف ويزول الإشكال فإنه إذا لم يكتب ذلك فى العقد ودخل وادعى الدفع ففى قول ابن القاسم لا يكون دخوله حجة فى ذلك حتى يأتى بالبراءة منه وإلا غرمه، وعلى قول سحنون: يكون الدخول له حجة فى ذلك، ويكون القول قوله مع يمينه فى الدفع

لأن أفعالها عنده جائزة، وقد اختلف فى أفعال البكر اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى على قولين:

أحدهما: أن أفعالها كلها جائزة إذا بلغت المحيض، وهو قول سحنون فى «العتبية»، وقول غير ابن القاسم فى «المدونة»، ورواية زياد عن مالك -رضى الله تعالى- عنه، والثانى: أن أفعالها كلها مردودة ما لم تعنس أو تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة فيكون أمرها على الرشد، قيل: أقصاها العام، وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار فى وثائقه، وقيل: الثلاثة الأعوام ونحوها، قال ابن أبى زمنين: الذى أدركنا عليه الشيوخ أنه لا تجوز أفعالها حتى يمر عليها فى بيت زوجها مثل السنتين والثلاث، وفى حد التعنيس خمسة أقوال أحدها: ثلاثون سنة وهو قول ابن الماجشون، والثانى: أقل من الثلاثين، وهو قول ابن نافع، والثالث: أربعون سنة، وهى رواية مطرف عن مالك وأصبغ وابن القاسم، والرابع: من الخمسين إلى الستين وهى رواية سحنون عن ابن القاسم، والخامس: أن تقعد عن المحيض، وهى فى «المدونة» عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فإن كان صداقها عرضا مما تتجهز به فليس فى قبضها وبراءة الزوج منه خلاف ولا تزوج بأقل من صداق مثلها إلا برضاها، وفى رضاها بأقل من صداق المثل قولان وقولنا: بالغ فى سنها لأن غير البالغ لا يزوجها إلا الأب أو وصيه الذى جعله له الأب ذلك، ولا يجوز لغيرهما تزويج غير البالغ فى مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- الذى رجع إليه، وروى عنه ابن القاسم فى «العتبية»: إذا خشيت عليها الضيعة وكانت فى سن من يوطأ مثلها ورضيت بالنكاح أنه جائز عليها، وقيل: يجوز تزوجيها، ويكون لها الخيار إذا بلغت. قال ابن بشير: واتفق

المتأخرون أن تزويجها قبل البلوغ جائز إذا خيف عليها الفَساد، وعلى المشهور إذا وقع فإنه يفسخ وإن بلغت ما لم تدخل، وقال ابن رشد: اختلف إذا تزوجت قبل البلوغ من غير حاجة تدعو إلى ذلك اختلافاً كثيراً، فقيل: إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد ورضيت بزوجها، وإلى هذا ذهب ابن حبيب فى «الواضحة»، وعزاه إلى مالك وأصحابه، وقيل: يفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، وهو قول ابن القاسم فى «سماع عيسى» وغيره، وقيل: إن النكاح يكره فإذا وقع لم يفسخ وهو قول مالك -رضى الله تعالى عنه- فى رسم التبرى، وفى «سماع أشهب»، وقيل: إن زوجت وقد شارفت الحيض وأنبتت فلا يفسخ وإلا فسخ، وإذا فسخ على مذهب من يرى الفسخ فالفسخ فيه بطلاق، وإن طلق قبل الفسخ لزمه ويكون بينهما الميراث، ولا يجوز إن كانت كارهة باتفاق، وكذلك إن كان سنها أقل من سن من يوطأ مثلها أو لا يخشى عليها الضيعة وبنت عشر سنين ممن يوطأ مثلها بدليل بناء رسول الله ﷺ بعائشة وهى بنت عشر أو سبع.

وحد البلوغ فى الذكر والأنثى الاحتلام أو الإنبات أو السن، وهو ثمانى عشرة سنة فى قول ابن حبيب، وقيل: سبع عشرة سنة، وقيل: خمس عشرة سنة وهو قول ابن وهب ويكون فى الأنثى وحدها مع ذلك بالحمل والحيض، وفى «نوازل ابن الحاج»، قال ابن وضاح: الجارية تحمل قبل أن تحيض ولا يولد للغلام حتى يحتلم قال بعض البغداديين: الإنبات فى البلوغ أبين الثلاثة، والاحتلام، وإنما يتعلق به حقوق الله تعالى، وأما حقوق الآدميين والأحكام التى تنفذ بين المسلمين فلا يجوز أن تتعلق بالاحتلام لأنه أمر لا يدرك ويمكن كتمانه

وادعاؤه، وإنما يجب ذلك بأمر يظهر ويمكن معرفته بالنظر إليه هو الإنبات كما فعل رسول الله ﷺ فى بنى قريظة، حكم فيمن أنبت بحكم البالغين وأمر بقتلهم، وفيمن لم ينبت بحكم الصغار فلم يقتلهم على أنه فى الأغلب لا يتأخر عنه كبير مدة، وقد قال مالك: يحد إذا أنبت، وقال ابن القاسم: أحب إلى أن لا يحد إذا أنبت حتى يحتلم أو يبلغ من السن ما لا يجاوزه غلام إلا احتلم، وقولنا بعد الاستئمار الواجب؛ لأنه لا يصح النكاح إلا برضاها لقوله عليه ﷺ: «**البكر تستأمر والثيب تعرب عن نفسها**»[1] فإذا استئمرت وأعلمت أن صمتها إذنها فصمتت لزمها النكاح واستحب بعضهم تكرار ذلك عليها ثلاثاً، فإن تكلمت بالرضا جاز ولا يضر ذلك، قال ابن مغيث: وكذلك إن ضحكت، وإن بكت ففى ذلك بين أصحابنا تنازع، فقال بعضهم: لا يكون ذلك رضا، وهو فى كتاب «التفريع» لابن الجلاب، وقال بعضهم: ذلك منها رضا حتى تتكلم بأنها لا ترضى، قال: وبه أقول. وكيفيته أن يقول لها الشاهدان أو غيرهما: إن فلاناً تزوجك بصداق كذا وكذا، فإن كنت راضية فاصمتى ويعلمها أن صمتها إذن فى النكاح، فإن قالت بعدما صمتت: ما علمت أن الصمت إذن لم يقبل قولها، قال ابن الحاج فى «مسائله»: ويستغنى فيه عن ذكر الشروط إذ هى مما يتطوع به الزوج، فإن كان الصداق عرضاً فذكر ابن فتحون أن سكوتها فى قبضه مع المعاينة فيه براءة الزوج، وذكر ابن العطار أن إشهادها فى قبض ذلك يكون بالنطق والمعاينة، وبذلك يبرأ، قال ابن فتحون: وهو حسن، وما ذكرناه يغنى عن تكليفها ذلك. وقال ابن لبابة: النطق فى ذلك هو قول كثير من الشيوخ. قال

(1) الحديث رواه النسائى فى «السنن» بلفظ: «الثيب أحق بنفسها، والبكر يستأمرها أبوها وإذنها صماتها».

ابن الحاج فى «نوازله»: وكذلك إذا سبق إليها مال ونسبت معرفته إليها ولا وصى لها فلابد أن تتكلم، فإذا بلغت حد التعنيس فلا يكون رضاها إلا بالكلام، وكذلك البكر يرشدها أبوها ثم يزوجها فلا يكون سكوتها رضاً فى النكاح، ولابد لها أن تتكلم كالثيب؛ ذكر ذلك الباجى فى «وثائقه»، وقال ابن لبابة سكوتها رضا وإن كان قد رشدها إلا أن يكون صداقها عرضاً فلابد لها من الكلام، قال: والصواب أن يكون رضاها فى النكاح سكوتها، وفى القبض الكلام، وكذلك البكر المعنس إذا زوجها أبوها على رواية عبد الرحيم عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وإذا تزوجها عبد أو مكاتب أو مدبر وزوجها غير أبيها فلا يكون رضاها إلا بالكلام، وإذا زوجها الولى بغير رضاها ثم تعلم بذلك فترضى، ففى ذلك ثلاثة أقوال.

أحدها: أن النكاح جائز، والثاني: أنه لا يجوز، والثالث: أنها إن علمت عن قرب ورضيت جاز، قال عيسى بن دينار: والقرب فى ذلك مثل أن يعقد النكاح فى السوق أو المسجد ثم يسار إليها بالخبر من ساعته، وقال سحنون: ذلك أن تكون معه فى المصر الواحد، ويكون الذى بينهما قريباً مثل الأميال واليوم، قيل له: فلو كان بالفسطاط والمرأة بالقلزم وبينهما مسيرة يومين؟ فقال: ما أرى ذلك بكثير إذا أجازت فى الفور، وأما ما تباعد فلا يجوز، وقال أصبغ مثله، ولا يكون هذا الرضا إلا بالنطق باتفاق.

## فصل

قال ابن رشد: وإذا لم يوجد من يعرفها عند الاستئمار فلابد أن يشهد على رؤيتها من لا تحتشم منه فتسفر لهم عن وجهها فيثبتوا عينها بحيث إن أنكرت بعد ذلك شهدوا عليها أنها هى التى أشهدتهم فيلزمها النكاح، وأما إن وجد من العدول من يعرفها فلا ينبغى لمن لا يعرفها أن يشهد عليها، فإن شهد عليها من لا يعرفها ووجد من يعرفها أو لم يوجد فلا يصح لهم أن يشهدوا على شهادتهم أن فلانه بنت فلان أشهدتهم على الرضا بالنكاح لاحتمال أن لم تكن هى التى أشهدتهم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فيلزم نكاحاً لم ترض به ولا أشهدت به على نفسها؛ لأن إشهادهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند حاكم، والحقوق بخلاف ذلك، قال مالك: لا أرى أن يشهد الرجل على من لا يعرف، ومثله لأصبغ فى الخمس. قال: وأما الحقوق من البيع والوكالات من الهبة ونحو ذلك فلا يشهد عليها فى شيء إلا من يعرفها بعينها واسمها ونسبها، والفرق بين النكاح وما سوى ذلك من الحقوق أنه يخشى وإن لم يشهد على شهادتهم فى الحقوق أن يموتوا فيشهد على خطوطهم فتلزم بإطلاقهم تشهد به على نفسها، وعلى ما جرى به العمل عندنا من أنه لا يقضى بالشهادة على خط الشاهد إلا فى الأحباس وما جرى مجراها يستوى النكاح فى ذلك وما سواه من الحقوق، ولا يكون على الرجل حرج فى أن يضع شهادته على من لا يعرف فى الحقوق كما يضعها عليه فى النكاح إذا لم يشهد على شهادته بذلك، وقد أجاز ذلك العلماء قديماً وإن قيد فى عقد الوثيقة معرفة العين والاسم لما فى ذلك من تحصين العقود، وأما عند أداء الشهادة فلا يحل للشاهد أن يشهد بإجماع إلا على من يثبت عينه ويعرف أنه هو الذى أشهده بلا شك فى ذلك ولا ارتياب، قال ابن

حبيب: سئل مالك أيشهد الرجل على من لا يعرفه؟ قالَ: لا يفعل، وفى الناس سعة، وفى «سماع أشهب»: لا يشهد على من لا يعرفه إلا أن يشهد معه من يعرفه، فإن عرفه رجلان ففى ذلك قولان:

أحدهما: بأنه يشهد؛ قاله ابن القاسم فى «المجموعة»، ورواه ابن نافع عن مالك، والثانى: أنه لا يشهد وهو قول ابن القاسم أيضاً، وفى بعض الروايات عنه لا يشهد إلا على شهادتهما، قال بعضهم: وإذا حصل العلم ولو بامرأة واحدة فليشهد.

وسئل ابن رشد: فى شاهد شهد على امرأة فى وصية بعد موتها، وقال: إنه لم يعرف عينها حين أشهدته إلا بقول امرأة وثق بها فقال: شهادته عاملة إذا كان ابتدأ سؤالها؛ لأن ذلك من ناحية قبول خبر الواحد وأما إذا لم يبتدئ هو سؤالها، وإنما قالت ذلك ابتداء على سبيل الشهادة عنده فذلك مثل أن تكون المرأة التى أشهدته قد أتته بامرأة يعرفها بالثقة فقالت له: هى فلانة بنت فلان وتعرفك بذلك فلا يجوز له أن يشهد عليه بتعيين المرأة له إياها على هذا الوجه، وإن كانت عنده ثقة فإن جهل وشهد سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحة فيه تسقط به شهادته فيما سوى ذلك ويشهد الشاهد إذا عرف أعيان المشهدين له. قال ابن دحون: فإن عرف عين المشهود عليه ولم يعرف عين المشهود فلا يشهد إلا أن يبين، وأما إذا لم يعرفهما أو عرف المشهود له خاصة فلا يشهد، وقال ابن لبابة إذا قال الشاهد أشهدتنى فلانة ولم يقل أعرفها بالعين والاسم فهى شهادة تامة، وقوله أشهدتنى فلانة شهادة معرفة شهادة لا محالة، وينبغى أن يقيد فى عقد النكاح وغيره أن الإشهاد وقع فى حال الصحة فإن سقط ذلك من

العقد فالناس محمولون على الصحة حتى يثبت المرض، وسئل ابن رشد فيمن أقام بينه أن نكاحه وقع فى الصحة، وشهدت بينه أخرى أن النكاح وقع فى المرض فتكافأتا فى العدالة، فقال: فى ذلك ثلاثة أقوال، أحدها: أن بينة الصحة أعمل. الثاني: أن بينة المرض أعمل الثالث: أن البينتين تسقطان، قال: وينبغى أن يكون منها قول رابع كالذى فى تكافؤ البينة فى البيوع أن يقرع بين البينتين وهو شاذ ولا يعتبر فى المرض العلل المزمنة التى لا يخاف على المريض منها كالجذام والهرم، وأفعال أصحاب ذلك أفعال الصحيح بلا خلاف، وكذلك ينبغى أن ينص على جواز الأمر فى الإشهاد فى العقد كما تقدم فى الصحة، ومعنى ذلك أنه لا ولاية عليه فإن ثبت بعد ذلك أنه تحت ولاية، فقال بعضهم: إن كان الشهود الذين شهدوا على ذلك من أهل العلم فالمراد بهذه الكلمة حمل ذلك على معرفتهم بانطلاقة من تلك الولاية التى ثبتت عليه، وإن لم يكونوا من أهل العلم لم ينتفع بذكر الجواز فى العقد وكان الحكم بما ثبت من الولاية، وقال بعضهم: إنه لا اعتبار بذلك وإن كانوا عالمين إذا ثبتت الولاية إلا أن يصرح بمعرفتهم بانطلاقة منها، قال ابن فتحون: وهذا عندى أصح القولين، وإن: سقط ذكر الجواز من العقد فالناس محمولون على الرشد حتى يثبت الحجر.

## فصل

فإن كانت ثيباً فزوجها أبوها أو غير الأب من الأولياء فتكتب فيها مثل ما تقدم فى الثيب ذات الأب سواء فإن كان زوجها الأول توفى أو طلقها فأقامت بعده مدة فلابد أن يثبت هذا الرسم، **ونصه: يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين**

والاسم المعرفة التامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن توفى فلان عنها أو إلى أن طلقها بالثلاثة منذ كذا ولا يعلمون الزوجة المذكورة تزوجها بعدة غيره، ولا أنها انعقد عليها نكاح حتى الآن، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضى أو أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، وإن كان طلقها طلقة واحدة زدت بعد قولك إلى أن طلقها ولا يعلمون أنه ارتجعها من الطلاق المذكور ويثبت ذلك فى البكر ليتيمة هذا الرسم **ونصه**: يعرف شهوده فلانة بنت فلان معرفة تامة ويعلمونها بكرا بالغاً فى سنها يتيمة مهملة ولا يعلمونها العقد عليها نكاح قط، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضى أو إلا أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم، وقيدوا بذلك شهادتهم فى كذا.

## إنكاح وصى الأب ووصى القاضى ومقدمه أو مقدم أحد الأولياء يعقد فى البكر

هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا ديناراً نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضه للزوجة وصيها الناظر عليها بعهد أبيها فلان، وصار بيده ليضعه فى جهازها ومصالح البناء عليها، وأبرأ منه الزوج فبرئ، والكالئ منه كذا مؤخراً إلى أجل كذا، وتبنى على ما تقدم من الشروط وغيرها ثم تقول: أنكحه إياها وصيها الناظر عليها بعهد الأب فلان وهى بكر فى حجره وولايته صحيحة فى جسمها وعقلها خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب، وشهد على الزوج والوصى بما فيه عنه بما أشهداه فى الصحة والجواز،

ويعمل الإيصاء المذكور بإشهاد العاهد أو بإشهاد القاضى بموضع كذا بثبوته لديه ولا يعمل فيه نسخاً، وفى تاريخ كذا من حضر استئمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامتة صمتاً يفهم منه الرضا، وبعد أن أعلمت بالنكاح والمهر وأن إذنها فى ذلك صماتها فصمتت راضية به وفى التاريخ، وتقول فى وصى القاضي: أنكحه إياها فلان الناظر عليها بتقديم القاضى بموضع كذا إياه للنظر عليها نظر الإيصاء، وهى بكر فى حجرة وتبنى على ما تقدم فى الاستئمار وغيره وتضمن معرفة الإيصاء بإشهاد القاضى بإمضائه أو ثبوته لديه وكذلك تعقد فى مقدم القاضى لإنكاحها أنكحه إياها فلان ابن فلان بتقديم القاضى بموضع كذا إياه لإنكاحها وقبض صداقها ووضعه فى جهازها وهى بكر يتيمة مهملة وتبنى على ما تقدم وتضمن معرفة التقديم بإشهاد القاضى بإمضائه، وإن كانت ثيباً فيعقد فيها **ما نصه**: هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا ديناراً نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضه لها فلان وصيها الناظر عليها بعهد الأب فلان، وصار بيده، وأبرأ منه الزوج أو قبضه لها فلان الناظر عليها بتقديم القاضى وصار بيده وأبرأ منه الزوج، والكالئ كذا مؤخر الأجل كذا، ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه وصيها فلان أو الناظر عليها بتقديم القاضى فلان وهى ثيب مالكة أمرها فى النكاح خاصة، وتبنى على ما تقدم وتضمن معرفة الإيصاء أو التقديم والشهادة على الوصى أو الزوجين.

**بيان**: لابد من استئذان البكر إذا زوجها وصى أو غيره ممن ذكر فلا يصح النكاح دونه إلا أن يجعل الأب لوصية أن يزوج ابنته من غير استئمار، ونص له على ذلك فى عهده فإنه حينئذ يكون له أن يزوجها دون استئمار ويقوم فى ذلك

مقامه، وكذلك لا يزوجها قبل البلوغ ولا يجبرها على النكاح وصى ولا غيره إلا أن يجعل ذلك الأب للوصى أو الوكيل، قال اللخمي: الإجبار يختص بالآباء أو بمن أقامه الأب مقامه فى حياته أو بعد وفاته إذا عين الأب الزوج الذى تزوج ابنته.

واختلف إذا لم يعين وجعل ذلك إلى اجتهاده، فقيل: له إجبارها وينكحها ممن يراه قبل البلوغ وبعده وهو المعروف من قول مالك، ويقوم فى ذلك مقام الأب، وقال عبد الوهاب: ليس له إجبارها، قال: وهو أحسن وأتبع للحديث، وقال أبو الحسن بن القصار: إذا عين الموصى للوصى رجلاً بعينه لصغيرة أو كبيرة بكراً فإنه يزوجها جبراً كما يزوج الأب وإذا لم يعين له رجلاً بعينه لم يزوج الصغيرة حتى تبلغ وترضى ولا البكر الكبيرة إلا برضاها، ومن أصحابنا من قال: إن الموصى إذا قال له زوج ابنتى ممن رأيت فإنه يقوم مقام الأب فى تزويج الصغيرة والكبيرة البكر بغير إذنها وهو مخرج على قول مالك.

وقسم ابن رشد الوصى فى النكاح على ثلاثة أقسام:

أحدها: إذا قال الموصى وصى ولم يزد فوقع فى «الواضحة»، وهو قول ابن القاسم: أن الوصى يكون ولياً لكل من كان له الموصى ولياً من الأخوات والقرابات، وقيل: إنه لا يكون ولياً لمن لا ولاية للموصى عليهن، وقيل: يكون لهن ولياً إلا أن الولى أحق منه بالعقد والثانى إذا أوصى على المولى عليه باسمه من رجل أو امرأة فلا يتعدى ولايته إلى غير من إلى نظره، ولا يزوج أحداً من قرابة الموصى كان محجوره حياً أو ميتاً إذ لا ولاية على أحد منهن ولا اختلاف فى

هذا غير أن ابن الهندى قال: إن زوج واحدة منهن مضى وهو بعيد، والثالث: إذا قال وصى على بضع بناتى فإنه يكون وليا لجميع بناته فى النكاح وإن كن مالكات لأمور أنفسهن فقف على الفرق بين ذلك، فالوصى على معين يزوج إماء محجوره بلا اختلاف ولا يزوج بناته اللاتى لا يملكن أنفسهن باختلاف، ولا يزوج من ملك أمره منهن ولا أخواته ولا مولياته فإن فعل مضى على ما ذهب إليه ابن الهندى، قال ابن رشد: ويزوج محجورته بعد ترشيدها كما يزوجها قبل ذلك، ولا يعلم فى ذلك نص رواية وإذا قال: فلان وصى وكان إلى نظره محجور أجنبى فلا يدخل تحت هذا اللفظ ولا يكون له تزويجها إن كانت امرأة، ووصى الأب أولى من الأولياء فى مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وابن القاسم، ويشاور الأولياء، وقال ابن الماجشون وغيره من أصحاب مالك: الولى أولى بالعقد من الوصي، وهو مذهب الشافعى وأحمد وغيرهما -رضى الله تعالى عنهم- وكان بعض القضاة بقرطبة يجعل العقد للولى بموافقة الوصى ليخرج بذلك عن الخلاف فيعقد فى ذلك **ما نصه:** أنكحه إياها أخوها أو عمها بموافقة وصيها فلان وإذنه، وتضمن الشهادة عليهما معاً، فإن عقد الولى دون الوصى فللوصى نقضه على ما روى عن مالك ما لم تطل وتلد الأولاد قال بعضهم: وله إجازته إن شاء بخلاف الأب إذا زوجها ولى دونه فلا تصح إجازته لأنه يملك الإجبار، فعلى هذا إذا كان الوصى يملك الإجبار فلا يكون له إجازة ما عقده الولي، وكذلك اختلف فى الولى مع وصى القاضي، فقال ابن حبيب: الولى أحق بالإنكاح وعليه الأكثر، وقال ابن لبابة وغيره: وصى القاضى أولى من الولي، وبه أفتى ابن عتاب وافتى ابن القطان وغيره بما قال ابن حبيب من أن

الولى أولى، قال موسى بن أحمد: والنظر يعود إلى ذلك وهذا الذى رجحه ابن فتحون وعقد عليه وثيقته، وقد حكى ابن مغيث فى «وثائقه»: أنه ليس للوصى من الإنكاح شيء إذا كان لها ولي، وسئل ابن رشد فى إنكاح الوصى دون إذن المشرف؟ فقال: ليس إنكاح أحد الوصيين دون إذن صاحبه بمنزلة إنكاح الوصى دون إذن المشرف لأن الوصيين وليان جميعاً كالسيدين فى الأمة لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالعقد عليها دون الآخر إلا أن يوكله على ذلك، فإن فعل كان العقد فاسداً كنكاح عقده غير ولى، وأما المشرف فليس بولى ولا إليه من ولاية العقد شيء وإنما إليه المشورة التى جعلت له خاصة فإن أنكح الوصى دون إذن المشرف فالعقد فى نفسه صحيح إلا أنه موقوف على نظره إن رأى أنه يجيزه أجازه، وإن رأى أن يرده رده كالسفيه يتزوج بغير إذن وليه والولى وثم أولى منه حاضر فإنكاح الوصى فى مسألتك بعد موت المشاور موقوف على نظر القاضى إن رأى أن يرده رده، وإن رأى أن يجيزه أجازه وهو صحيح فى نفسه، فإذا لم يعثر على الأمر حتى مات الزوج فقد فات موضع النظر ووجب للزوجة الصداق المسمى والميراث إذ لا حظ لهما فى الرد لأن ذلك يسقط ما وجب لها من الصداق والميراث ولا نظر لها فى ذلك، وقولنا فى تضمين الإيصاء ممن يعرف الإيصاء بالإشهاد هو الصواب؛ إذ قال الباجي: إن من أهل العلم من قال إن فى العقد نقصاناً إذا قلت: «ممن يعرف الإيصاء»، وسكت حتى يقول بإشهاد العاهد به ويعرفه أو بإشهاد القاضى بثبوته لديه، وإذا لم يفسره فيبقى على المشهور احتمال أن يكونوا شهدوا بالسماع وذلك لا يجوز، وهو الظاهر من جواب ابن

القطان أن ذلك غير عامل فى معرفة الإيصاء حتى يتبين الوجه الذى عرف به وحاوب غيره بخلاف ذلك ويجزئ ذلك من الشهود العالمين.

## فصل

فإن قدم أحد الأولياء على نكاح وليته غيره فيكتب فى تقديم الأب على ابنته البكر: وكل فلان فلاناً على عقد نكاح ابنته البكر فى حجره من يراه مشاكلة لها، وبما يراه من الصداق، وكيفما يراه، وقبض ما يجب قبضه منه والإبراء منه ووضعه فيما يجب لها وتكرار العقد والمراجعة عليها كلما احتاجت إلى ذلك على الدوام توكيلاً تاماً أقامه لها مقامه وبدلاً منه، وقبل ذلك منه وشهد عليهما به فإن جعل له إنكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استئمار زدت ذلك فى العقد المذكور، وكذلك إن جعل له أن يقدم من يراه كذلك وتقول فى ذلك: **ما نصه:**

وجعل له إنكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استئمار، وأن يقدم من شاء بمثل التقديم المذكور أو بما شاء منه.

**ويعقد فى تقديم ولى اليتيمة البكر عقد:** وكل فلان فلاناً على عقد نكاح أخته فلانة شقيقته أو بنت عمه فلانة أو محجورته فلانة مع من يراه شاكلة لها وبما يراه من الصداق وتكرار العقد عليها والمراجعة كلما احتيج إلى ذلك وكالة تامة أقامه لها مقامه فى ذلك وبدلاً منه وقبل ذلك منه وشهد عليهما، وكذلك تعقد فى نكاح الثيب على نحو ذلك فإن زوجها الوكيل فإن كان وكيل الأب

أو الوصى فتجعل قبض النقد إليه ثم تقول ما نصه: أنكحه إياها فلان بتقـــديم والدها إياه على ذلك التقديم التام، وهى بكر فى حجر والـــدها وولايتـــه وإن كانت يتيمة مهملة قلت ما نصه: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وبتقديم أخيها أو عمها فلان ابن فلان وهى بكر بالغ فى سنها وإن كانت ثيباً فتعقد فيها ما نصه: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان ابن فلان بتقديم أخيها أو عمها إياه على ذلك التقديم التام وهى ثيب مالكة أمرها، وتبنى على ما تقـــدم وتضمن الشهادة على الزوجين والوكيل المتولى العقد، وتنص على معرفة التقديم بالإشهاد كما تقدم فى الإيصاء، فإن كان المقدم أو الوصى امرأة فلا تلى العقد بنفسها ولابد لها أن تقدم رجلاً يتولى العقد، فتقول ما نصه: أنكحه إياها فلان ابن فلان بتقديم فلانة الوصية على الزوجة أو المقدم لعقد نكاح الزوجة المذكورة بتقديم أخيها أو أبيها إياها التقديم التام ثم تقول: وهى بكر أو ثيب وتبنى علـــى ماتقدم وتضمن الشهادة على الزوجين والمرأة بتقديمها الولى المـــذكور، وعلـــى المتولى للعقد عليها معها، وتضمن معرفة تقديم الولى للمرأة والإيصاء بالإشـــهاد كما تقدم، وكذلك إن كان المقدم أو الوصى بعيداً لا يتولى العقـــد بنفـــسه، ويقدم رجلاً حراً يتولى العقد كما تقدم فى المرأة، وللمرأة أن تقدم على إنكاح محجورتها إذا كانت ناظرة عليها بتقديم القاضى فى قول من يمنع أن تقديمها عن المحجورة على الخصام وغيره لأن هذا ضرورة ولا يخالف فى هذا من يمنع هناك وقال ابن الحاج فى «نوازله»: إذا كانت المرأة حاضنة فهل لها أن تقدم آخر يعقد نكاح محضونتها أم لا؟ فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء، ومنع منه ابن الطـــلاع وابن حِمْدين، وسئل ابن رشد فى رجل ترك زوجة وبنات فقدم حكم الجهـــة

للأم على البنات فزوجت الأم إحدى البنات، وقدمت لعقد النكاح أخاها خال البنت وللبنت أولاد عم غيب على مسافة يومين فلما علموا بذلك أرادوا فسخه فأجاب: النكاح صحيح جائز لا سبيل إلى فسخه إلا أن يثبت الأولياء أن الزوج غير كفء، وأن تزويجها ضرر ببينة عادلة، ولا يكون للزوج فى ذلك مدفع.

## إنكاح المولى الأعلى والمولى الأسفل والكافل والمربى والأجنبى بالولاية العامة

تعقد فى إنكاح المولى الأعلى مثل ما تعقد فى إنكاح الأخ والعم ثم تقول أنكحه إياها فلان بن فلان مولاها الذى أعتقها إن كان هو الذى تولى عتقها أو مولاها بولاية العتاقة إن كان أعتقها أبوه أو غيره ممن يجر له الولاء، وكذلك تعقد فى المولى الأسفل على الرواية التى أتت فى ذلك عن مالك؛ إذ فى ولايته فى المذهب قولان فتعقد فيه **ما نصه:** أنكحه إياها فلان مولاها الذى أنعمت عليه بالعتق أو فلان معتق أبيها وتكمل العقد كما تقدم فى إنكاح الأخ فى البكر والثيب سواء وتعقد فى إنكاح الكافل والمربى مثل ذلك، وتقول فى البكر اليتيمة **ما نصه:** أنكحه إياها كافلها ومربيها فلان بن فلان وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة فى كفالة فلان المذكور وإيالته وتبنى على ما تقدم، **وتعقد فى الثيب:** أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه كافلها أو مربيها فلان وهى ثيب وتبنى على ما تقدم، وتجعل قبض النقد لليتيمة البكر للكافل الذى زوجها وفى قبضة براءة الزوج.

**بيان**: المولى الأعلى من الأولياء باتفاق وأما المولى الأسفل ففيه اختلاف فى المذهب هل يكون ولياً من الأولياء فى النكاح أم لا؟ كما تقدم، قال فى «المدونة»: وهو من الأولياء إذا كان له الصلاح، ويجوز له إنكاحها من نفسه، وذكر المازرى أن فى ذلك خلافاً، والكافل والمربى من أولياء المرأة بكراً كانت أو ثيباً لأنه القائم بأمرها وقد جمع النظر لها وولاية الإسلام وهو لها كالأب، والمشهور فى المذهب أن المولى أحق منه بالإنكاح أخوة كانوا أو عصبة وروى أنه أحق من الأولياء فإن كان أبوها حياً فهل يسوغ له العقد عليها دون أبيها؟ فى ذلك قولان، قال ابن رشد: وقد أنزله فى «المدونة» منزلة الوكيل فى حياة أبيها فلا يحتاج إلى رضاها، ولم ير له فى سماع أشهب إنكاحها إلا أن يجعل له ذلك الأب نصا، ويزوج المرأة الثيب إذا كانت فى كفالته وإن لم يكن قد كفلها فى حال صغرها وبكارتها فإن كفلها بكرا ورباها وزوجها ثم مات الزوج أو طلقها قبل البناء فهل يكون له أن يزوجها ثانية أم لا؟ فحكى ابن فتحون عن القاضى أبى الوليد الباجى أنه قال: ينكحها بالكفالة الأولى أبداً، وحكى عن غيره أنها إذا عادت الكفالة حسبما كانت عليه زوجها وإن لم تعد إلى كفالته لم يزوجها بالكفالة الأولى، واختلف فى ذلك فقهاء قرطبة، فقال بعضهم: إنه ينكحها ثانية وولايته باقية عليها فى النكاح، وبه قال ابن عتاب، وقال بعضهم: لا ينكحها وترجع الولاية إلى غيره، وبه قال ابن القطان، ذكر ذلك ابن الطلاع فى «وثائقه»، واستحسن هو من رأيه أنه إن كان الكافل خيراً فاضلاً فولايته باقية عليها وينكحها، وقال ابن زرب: إن المرأة الكافلة ليس لها تزويج مكفولها، وهى فى ذلك بخلاف الرجل، وذكر ابن الحاج فى «نوازله»: أن الفقهاء اختلفوا

فى ذلك بقرطبة فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء إن تقدم على عقد نكاح محضونتها، ومنع ابن الطلاع ذلك وابن حمدين، وقد تقدم ذلك.

## فصل

وتعقد فى إنكاح الأجنبى للدنية المسكينة التى لا ولى لها على ما جرى به العمل **ما نصه**: هذا ما أصدق فلان زوجته فلانه أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا برسم الحلول، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول فى البكر: أنكحه إياها جارها فلان وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة لا ولى لها حاضر ولا غائب لضعفها وعجزها عن إتيان السلطان وإقامة البينة على حالها، وتبنى على ما تقدم.

**وتعقد فى الثيب**: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان بن فلان الفلانى لضعفها وعجزها عن إثبات السلطان وإقامة البينة على حالها وهى ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتبنى على ما تقدم فى التى زوجها أخوها أو عمها فى البكر والثيب.

**بيان**: أجاز مالك أن يعقد الرجل الصالح نكاح المرأة الأجنبية الدنية مثل المسكينة والمعتقة والإسلامية وإن كان منها أجنبياً إذا لم يكن لها ولي، وسواء كان فى البلد سلطان أو لم يكن إذا لم تصل إليه إلا بشقة، وهو الذى قاله ابن القاسم فى «المدونة»، وجرت به الفتوى والعمل، وروى أشهب عن مالك أن الدنية وغيرها سواء لا يزوجها إلا ولى أو سلطان فإن زوج المرأة أجنبى مع

وجود الولى فإن كان ممن له الإجبار كالأب لم يجز، وإن أجازه وإن لم يكن له الإجبار فإما أن تكون ذات قدر أو دنية فإن كانت ذات قدر فقال مالك: ما فسخه بالبين، ولكنه أحب إلى، وتوقف إذا أجازه الولى بالقرب، وقال ابن القاسم: له إجازة ذلك ورده ما لم يبن، وفى «المدونة»: إن دخل بها عوقبت المرأة والزوج والمنكح والشهود إن علموا، وإن كانت دنية ففيها قولان:

أحدهما: أن النكاح ماض مطلقاً، والثاني: كذات القدر.

## إنكاح المولى وليته من نفسه أو الوصى من قبل الأب

**تقول فى البكر:** هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا برسم الحلول على الزوج إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول: أنكحها من نفسه بإذنها ورضاها فلان الزوج المذكور إذ هو ابن عمها وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج، وعدة الوفاة حل للناكح بعد الاستئمار الواجب، وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور بما فيه عنه من أشهده به وعرفه، وبحال صحة وجواز، وحضر استئمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامته صمتا يفهم منه الرضا بعد أن أعلمت بالناكح والمهر، وأن إذنها صماتها فصمتت راضية به، وفى تاريخ كذا.

**وتعقد فى الثيب ما نصه:** أصدق فلان زوجة فلانة كذا وكذا نقداً، وكالئاً النقد منه كذا قبضته وأبرأته منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول:

أنكحها من نفسه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان الزوج المذكور إذ هو ابن عمها لحاً، وهى ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور والزوجة فلانة المذكورة بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحال الصحة والجواز وفى كذا.

**وتعقد فى الوصى ما نصه:** هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة البكر فى حجره وولايته أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا بالحلول إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم تقول: أنكحها من نفسه فلان الزوج المذكور إذ هو الناظر عليها بعهد أبيها إليه أو بتقديم القاضى إياه على النظر لها وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة فى حجره كما ذكر وولايته خلو من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب، شهد على الناكح المنكح الزوج المذكور بما فيه عنه من أشهده به وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر الاستئمار ويعلم صحة الإيصاء والسداد لليتيمة فى هذا النكاح وفى تاريخ كذا، وتعقد فى الثيب نحو ما تقدم.

**بيان:** لا يصلح بالزوج أن يدخل بزوجته حتى يقدم لها معجل صداقها أو مقدار ربع دينار منه، فإن رضيت بالدخول دون أن يقدم لها شيئاً من صداقها فهو مكروه وليس بحرام، وإن ذهب هذا الزوج إلى دفع النقد والبراءة منه فله ذلك بأحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبتاع لها به أسباباً من جهازها إن كان عيناً، ويدفع ذلك للزوجة بمحضر الشهود، وتقبضها منه بالمعاينة وسواء كان الدفع فى بيت البناء أو غيره،

فإن كان هذا الدفع بعد عقد النكاح فلابد أن تنطق ويشهد عليها بقبض ذلك بالنطق، وإن كان ذلك فى نفس العقد حين الاستمار فهل تنطق بقبض ذلك أو يجزئ صمتها؟ فى ذلك قولان، وقد تقدم ذكرهما،

والوجه الثاني: أن يحضر ذلك فى بيت البناء ويعاينه الشهود به وإن لم يدفع ذلك إليها.

والوجه الثالث: أن يوجه ذلك إلى بيت البناء بحضرة الشهود بعد أن يقوموه ويعاينوه ولا يفارقوه حتى يتوجه به وإن لم يصحبه الشهود إلى البيت، ذكره ابن حبيب. فإن فعل الزوج أحد هذه الأوجه الثلاثة وصياً كان أو غيره برئ وكذا كل من استقر عليه أو عنده صداق يتيمة أو زوجة لا يصح قبضها إذا فعل أحد هذه الأوجه الثلاثة برئ وأحسنها الوجه الأول، وذكر ابن العطار فى «وثيقة اليتيمة»: يزوجها الوصى من نفسه بعد إن فوضت إليه، وقد اختلف فى هذا الفصل هل للمرأة أن تفوض أمرها إلى الولي؟ فأنكر ذلك ابن حبيب، وقال ابن عبد الغفور عن ابن القاسم: لابد أن يذكر تفويض المرأة إلى الولي، قال فضل: وهو أجمع الخلاف، وقال فى «الاستغناء»: فذهب الشيوخ أن يذكر فى صدقات المنكحات من النساء التفويض إلى الولى ما لم يكن أباً فى البكر خاصة، وكل حسن جائز، وفرق ابن زرب بين البكر والثيب، فقال: للثيب أن تفوض، وليس للبكر أن تفوض، وذكر ابن مغيث فى «وثيقة اليتيمة»: البكر بعد أن استأمرها، وفى وثيقة الثيب اليتيمة ذات الوصى بعد أن فوضت إليه قال: وهذا إذا كان لها أولياء، وأما إن لم يكن لها إلا ولى واحد فليس لها أن تفوض، قال القاضى أبو

الوليد: والخلاف فى ذلك جارٍ على الخلاف فى الولاية هلَ هى حق للمرأة وحق للولي؟ وكره مالك للوصى نكَاح محجورته أو إنكاحها من أحد بنيه، فإن وقع وكان صواباً مضى وإلا فسخ ما لم يطل، وضمن ابن العطار فى وثيقته معرفة السداد، وقال فى إنكاح السلطان لا يحتاج إلى ذلك، وسوى ابن فتحون بينهما فى «وثائقه».

## إنكاح البكر التي غاب أبوها أو التى رشدها

لا تزوج هذه البكر التى غاب أبوها **حتى يثبت هذا**: عقد يعرف شهود فلانة بنت فلان ويعلمونها بكراً بالغاً قد بلغت سن التزويج ودعت إلى النكاح، وأن والدها غاب بحيث لا يعلم منذ كذا غيبة انقطاع، ولم يرجع من مغيبه حتى الآن ولا يعلمونه ترك مالا ولا ما ينفق على بنته المذكورة بحال حاجة واضطرار ويخاف عليها الضياع، وأن فلاناً خطبها وبذل لها من المهر كذا وكذا، ويعلمونه كفؤا لها، وأن ما بذل لها من المهر مهر مثلها، ومن النظر تزويجها لما يخاف عليها من الضيعة كما ذكر ومن عامة ذلك كله بحسبه وتحققه ويعرف من ذكر قيد على ذلك شهادته فى كذا، وإذا ثبت هذا الرسم زوجت.

**وتعقد فى إنكاحها ما نصه**: هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا برسم الحلول عليه إلى أن يبرأ منه بالبيان والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم نقول أنكحه إياها بإذنها ورضاها القاضى بموضع كذا فلان وهى بكر بالغ فى حجر والدها الغائب وولايته خلو من الزوج

وعدة الوفاة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب وبثبوت ما أوجبه شهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به وأشهده الزوج فلان بما فيه عنه وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر استئمار الزوجة وشاهدها كما يجب شرعاً وفى تاريخ كذا.

**بيان:** ذكر ابن أبي زمنين عن بعض الموثقين أنه قال: لابد أن يثبت الكفاءة فى الثيب كالبكر حكاه عنه ابن فتحون، وحكى أن القاضى أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول وبكاف إثبات الكفاءة عنده، ويقول: إن كانت تملك نفسها فإذا دعت إلى غير كفء، لا يلزمنى أن أعينها على ذلك.

**والكفاءة عند مالك:** هى النسب والدين، وقال: ولا أنظر إلى المال، ولكن أنظر إلى النسب فإذا زوجت من ليس مثلها فى النسب لم يجز، وقال غيره: ينظر إلى المال، قال المازري: وفى مراعاة الفقر والحرية الأصلية فى الكفاءة قولان، وقال ابن القاسم فيمن دعت إلى زوج فأبى ولها إذا كان كفؤاً لها فى القدر والحال والمال زوجها السلطان، قال عبد الملك: وعلى هذا اجتمع أصحاب مالك، قال ابن بشير: لا خلاف منصوص أن للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق. وسئل ابن زرب عن وليها لقوم نكحها رجل طارئ من أهل الشر والفساد فأنكر ذلك أولياؤها عليها، وذهبوا إلى فسخ النكاح، وكان قد بنى بها، فقال: لا سبيل إلى حل النكاح إن كان قد دخل بها، قيل له: فلو لم يدخل بها، فوقف وقال: الذى لاشك فيه أنه إذا دخل لم يفسخ والكفاءة حق للزوجة وللأولياء فإذا تركوها جاز، ووقع لأصبغ فى «النوادر»: أنه إذا زوج الأب ابنته

البكر من رجل سكير وفاسق لا يؤمن عليها لم يجز وليرده الإمام، وإن رضيت هى به، وذكر ابن أبى زمنين عن بعض الموثقين : لابد أن تثبت الكفاءة فى الثيب كالبكر، حكاه عنه ابن فتحون، وحكى أن القاضى أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول ويكلف إثبات الكفاءة عنده، ويقول: إن كانت تملك نفسها فإنه إذا دعت إلى غير كفء لا يلزمنى أن أعينها على ذلك، وصدقات المثل هى صدقات نساء قومها إذا كن على مثل حالها من العقل والجمال والمال وفى زمانها أيضاً، قاله له ابن رشد، إذ قد تختلف الأحيان فى الصداق باختلاف الأزمان. قال: وقد تؤول قول مالك فى «المدونة» أنه لا ينظر إلى نساء قومها وليس بصحيح، والصحيح اعتبار نساء قومها ونساء قومها اللاتى يعتبرن فى ذلك أخواتها الشقائق، وللأب وعماتها الشقائق وللأب، ولا يعتبر صداق أمهاتها ولا خالاتها ولا أخواتها للأم ولا عماتها للأم لأنهن من قوم آخرين وذكر ابن فتحون أن المعتبر فى ذلك قدرها وجمالها وحالها ومالها، ولا ينظر إلى نساء قومها، وقال القاضى عبد الوهاب: صداق المثل يراعى فيه حال المرأة فى جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها، ومن يشبهها من عشيرتها وجيرانها كن من عصبتها أو من غير عصبتها، خلافاً للشافعى –رضى الله تعالى عنه– فى مراعاة العصبة.

قال ابن رشد: ومغيب الرجل عن ابنته البكر ينقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها أن تكون غيبته قريبة.

والثاني: أن تكون غيبته بعيدة منقطعة.

والثالث: أن يكون أسيراً أو فقيداً فأما إذا كانت غيبته العشرة الأيام وما أشبه ذلك فلا خلاف أنها لا تزوج فى مغيبه، فإن زوجت فى مغيبه فسخ النكاح زوجها الولى أو السلطان، قاله ابن حبيب فى «الواضحة»، وأما إذا كانت غيبته بعيدة منقطعة مثل إفريقية أو طنجة أو الأندلس من مصر أو ما أشبه ذلك فاختلف فى ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذى هو فيه وهو ظاهر قول مالك فى «سماع ابن القاسم» فى «العتبية» وفى «المدونة»، وقد تؤول ما فى «المدونة» من قوله فيها: وأما من خرج تاجراً وليس يريد المقام بتلك البلدة فلا يحكم السلطان على ابنته أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد وهو القول الثانى.

والثالث: أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد ويطول مقامه فيها العشرين سنة والثلاثين حتى ييأس من رجعته، وهو قول ابن حبيب فى «الواضحة».

والرابع: أنها لا تزوج أبداً وإن طال مقامه، وهو ظاهر قول مالك فى كتاب «ابن المواز» أن الولى والإمام لا يزوجها إلا برضاها، وقول ابن وهب فى «العتبية»: ولا اختلاف بينهم إذا قطع الأب عنها النفقة وخشيت عليها الضيعة فى أنها تزوج وإن كانت قبل البلوغ، وإنما اختلفوا هل يزوجها هنا الولى دون السلطان فالمشهور أنه لا يزوجها إلا السلطان لأنه حكم على غائب، وقال ابن وهب: ومثله فى «كتاب ابن المواز» أن الولى يزوجها برضاها، وأما إن كان أسيرا أو فقيداً فلا اختلاف أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك وإن كانت فى

نفقته وأمنت عليها الضيعة، ووقع لعبد الملك فى «كتاب ابن يونس» أن بنت المفقود لا تزوج إلا بعد أربع سنين، وفى كتاب «الاستغناء» المسجون والمطبق ليسا كالغائب البعيد الغيبة وإن طال أمده لأن خروجه يرجى فى كل حين وهما كالغائب الذى يعرف خبره فإن خرج بناتهما بالليل والنهار حصرهما السلطان.

## فصل

وأما البكر التى رشدها أبوها فلا تسقط نفقتها عنه حتى يدخل بها زوجها، وإن كان قد رشدها ولا يزوجها إلا برضاها، واختلف فى رضاها بالنكاح، فقيل: هو بصماتها، قاله ابن مغيث وغيره، وقال الباجى فى «وثائقه»: إذا رشد الأب ابنته وهى بكر فلا يزوجها إلا برضاها والسماع منها كالثيب.

**فتعقد فى نكاحها ما نصه:** أصدق فلان زوجة فلانة كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضته، وصار بيدها وأبرأته منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إلى والدها، وهى بكر بالغ فى سنها مالكة أمر نفسها بترشيد والدها إياها خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للنكاح، وشهد على الزوج والزوجة ووالدها بما فيه عنهم من أشهدوه به فى الصحة والجواز، وعرفهم فى كذا. وعلى ما ذكر ابن مغيث تضمن الشهادة على الزوج والولى والد الزوجة، وتقول: وحضر الاستئمار وشاهده كما يجب شرعاً وتضمن الشهادة عليها بقبض النقد وغيره مما يكون فى الصداق بالنطق على ما اختاره الشيوخ ما عدا رضاها بالنكاح، وقال ابن لبابة: إذا وقفت على

جميع ما فى العقد شيئاً بعد شيء وقيل لها: إن سكوتك رضا يلزمك به النكاح فالنكاح لزم لها وجميع ما فى العقد ولا يفسخ، وإن لم تنطق، وإذا رشد الولى محجورته هل تسقط ولايته عنها أم لا؟ قال ابن رشد: لا أذكر فى ذلك نص رواية، والذى يوجبه النظر أن ولايته عليها فى النكاح لا تسقط بتمليكه إياها كالأب.

## إنكاح الأب والوصى للغير، والمحجور البالغ

**تعقد فى ذلك:** وبعدُ هذا كتاب نكاح العقد بين فلان بن فلان عاقده على ابنه الصغير فى حجره فلان أو على محجوره فلان بصداق كذا وتبنى على ما تقدم وتقول فى الشروط: وألزم فلان ابنه المذكور أو محجوره الزوج المذكور شرط كذا لما رأى له من المصلحة وجاء له من الغبطة، وشهد على الولى المنكح أو الوصى والزوجة أو والدها بما فيه عنهم فى كذا.

**بيان:** وللأب تزويج ابنه الصغير بغير إذنه وكذلك الوصى، وإن كان الوصى امرأة أو عبداً فيباشران العقد بأنفسهما بخلاف العقد على المرأة، وفى إنكاح الأب والوصى السفيه البالغ بغير أمره قولان كالمخالعة عليه.

أحدهما: أن ذلك لا يجوز إلا بإذنه واختياره وهو قول ابن الماجشون فى «الواضحة»، ودليل ما في إرخاء الستور من «المدونة»، والثاني: أن ذلك جائز عليه، وإن كان بغير أمره وهو قول ابن القاسم فى جنايات «العتبية»، وابن حبيب فى «الواضحة»، ولا يخلو الأب فى العقد على ابنه الصغير من ثلاثة أوجه: إما أن

يشترط الصداق على نفسه أو على ولده أو يطلق العقد، فإن اشترطه على نفسه لم يؤخذ به الابن لأن ذلك من الأب على وجه الحمل سواء صرح الأب بالحمل أو قال: أضمنه، وإن اشترطه على الابن فهو عليه إن كان موسراً، وإن كان معسراً، فقال ابن القاسم: يكون على الأب، وقال أصبغ على الابن بمنزلة لو اشترى له سلعة وكتب الثمن عليه، قال: وإنما يلزم الأب إذا زوجه مبهما ولم يسم الصداق على أحد والابن عديم، قال ابن أبي زمنين: وعلى قول أصبغ هذا رأيت من اقتدى به من شيوخنا إذا تنبه على الابن برضا الزوجين وقال ابن مغيث فى «وثائقه»: وهذا القول هو مذهب «المدونة» وبه الحكم، قال ابن رشد: يدخل هذا الخلاف فى الكبير السفيه إذا كان فقيراً قياساً على إنكاحه، وإن أطلق العقد فيكون على الابن إلا أن يكون معسراً فيكون على الأب بلا خلاف، وقال ابن المواز: هو على الأب حتى يقول: لست منه فى شيء، وإنما هو على الابن، والحمل إن كان فى عقد النكاح أو عقد البيع مشترطاً فى نفس العقد لم يفتقر إلى حيازة وهو لازم للحامل على كل حال، وإن كان بعد عقد النكاح أو بعد عقد البيع فهل يفتقر إلى حيازة أم لا؟ فى ذلك قولان: وقولنا فى الشروط أن الوالد ألزمه إياها على وجه النظر له، ولما يرجوه من الغبطة هو الصواب، وإن شئت كتبت التزامها على الابن، وإذا بلغ الابن قبل الدخول فلها الخيار فى التزام الشروط أو الانحلال من النكاح، فإن دخل قبل البلوغ بطلت الشروط، وكذلك إن بنى بها بعد البلوغ وقبل أن يوقف عليها ولم يعرفها لم تلزمه، وإن بنى بها بعد البلوغ وبعد معرفته بالشروط لزمته، وقيل: لا تلزمه، ولابن وهب فى «العتبية»: إن الصغير يلزمه ما عقده عليه أبوه من الشروط دخل

أو لم يدخل لأنه الناظر، قال ابن مغيث: ولابن القاسم فى «المدونة» ما يدل على ذلك، فإن لم يلتزم الابن الشروط وانحل النكاح فالفسخ فى ذلك بغير طلاق على الصحيح، قاله ابن رشد فى «نوازله»، واختاره، قال: وكذلك يسقط عن الابن ما التزمه من الصداق كما يسقط عن الزوج، وذكر ابن فتحون أن الفسخ فى ذلك يكون بطلقة، قال: وهل يلزمه نصف الصداق أم لا؟ فى ذلك قولان أحدهما: بأنه يلزمه، والثاني: أنه لا يلزمه، وهو الصواب وبه القضاء عندنا، فإن رضيت الزوجة بإسقاط الشروط لزمه النكاح ولم يكن سبيل إلى فسخه والرضا بذلك إنما يكون إلى الزوجة بكراً كانت أو ثيباً، حكاه ابن فتحون وهو الصحيح، وقد جعل غيره الرضا بذلك إلى والد البكر والصواب أن ذلك إليها دونه، وإن طلقها قبل العلم بما شرط عليه لم يلزمه شيء من الصداق، وقيل: يلزمه، ولا يرجع إلى الابن من الصداق شيء إذا اختار الفسخ وكان قد تحمله عنه أبوه أو غيره، ويسقط ذلك عن الحال، وحكى ابن مغيث عن ابن الماجشون نصف الصداق يرجع إلى الابن، وبه أخذ ابن حبيب، فإن التزم الابن الشروط، **فيكتب فى ذلك فى أسفل كتاب الصداق:** عقد أشهد فلان الزوج المذكور فوقه على نفسه أن النكاح المسمى فيه كان قد انعقد عليه وهو صغير بالشروط المذكورة فيه، وأنه لما بلغ الحلم وعلم أن له الخيار قبل البناء فى أن يمضى النكاح على الشروط المسماه فيه أو يسقطها عن نفسه وينفسخ النكاح اختار التزامها فألزمها نفسه بعد الوقوف عليها ومعرفته بها، وأمضاها اغتباطاً منه بالنكاح ولما يرجوه من استجلاب مودة زوجته المذكورة فيه، وشهد على إشهاده بذلك من عرفه بكذا، وإن أبى من التزمها **كتبت فى ذلك:** عقد أشهد فلان على نفسه أنه

لما بلغ الآن سن الحلم وملك أمر نفسه، ووقف على الشروط المسماة فيه، وعلم أن له الخيار فى أن يلتزمها ويمضى النكاح المسمى عليها أو يردها وينحل النكاح أبى من التزامها الإباية الكلية، وامتنع من ذلك وانفسخ بذلك النكاح المذكور فيه إذا كان والده قد عقده عليه وهو صغير حسبما ذكر فوقه بمحضر زوجته المذكورة فيه وعلمها بذلك وأشهد الزوجان المذكوران بما فيه عنهما فى كذا، وإن رضيت الزوجة بإسقاط الشروط، **كتب فى ذلك**: عقد لما بلغ الزوج فلان المذكور أعلاه قبل بنائه على زوجته المذكورة فيه، ووقف على الشروط المسماة فيه، وذهب إلى الإباية من التزامها، وفسخ النكاح بذلك خير زوجته فلانة المذكورة فى البناء معه على إسقاطها فاختارت إسقاط الشروط وإبقاء الزوجية بينهما بلا شرط، ورضيت بذلك الرضا التام وأمضته، ولزم بذلك زوجها المذكور البقاء معها على الزوجية التى عقدها عليه أبوه دون شرط بموافقة الزوج المذكور على ذلك وعليه، وشهد على الزوجين المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به، وعرفهما، وفى كذا.

## فصل

فإن نكح المحجور بغير إذن وليه فللولى فسخه متى علم بذلك وإبطاله فى قول مالك -رضى الله تعالى عنه- وأصحابه، قال ابن مغيث: وبه الحكم وسواء دخل بها أو لم يدخل، **ويكتب فى ذلك عقد**: أشهد فلان الناظر على فلان بن فلان الزوج المذكور فى كتاب الصداق أعلاه أو بمقلوبه بعهد أبيه إليه أن محجوره المذكور كان قد انعقد النكاح المسمى فيه بينه وبين فلانة الزوجة

المذكورة فيه بغير إذنه ولا علمه، وأنه لما علم به الآن تبقيه فألقاه لمحجوره المذكور غير نظر ولا سداد فى وجوهه كلها ففسخه، وحله بطلقة واحدة، واسترجع ما كان المحجور قد دفعه إلا ربع دينار تركه للزوجة لما استحل منها إذا كان قد دخل بها، وأسقط عن المحجور المذكور ما كان قد بقى عليه من الصداق، وأشهد على الوصى فلان المذكور بما فيه عنه من عرفه، ويعلم الإيصاء بمحضر الزوجين وعلمهما بذلك فى كذا، وإن كان نظر له فيه فأجازه **فيكتب فى ذلك عقد:** أشهد فلان بن فلان الناظر على الزوج المذكور فى كتاب الصداق فوقه المسمى بكذا بعهد أبيه به إليه أن محجوره المذكور كان قد انعقد نكاح بينه وبين زوجه المذكورة فيه بغير أمره ودون رأيه، وأنه وقف الآن على جميعه فألقاه لمحجوره المذكور سداداً ونظراً فأمضاه، وجوزه وأنفذه، وشهد على إشهاد الموصى المذكور بذلك من عرفه فى كذا.

**بيان:** إن ضمنت معرفة السداد فى العقدين فحسن وإلا ففعل الوصى محمول على السداد فى الفسخ والإمضاء، وللولى فسخ النكاح علم بذلك أم لا يعلم ما لم يدخل بها الزوج وتطول إقامته معها، قال ابن رشد فى «مسائله»: وإذا لم يحضر الولى العقد، وإنما اتصل به بعد أن عقده السفيه بغير أمره فلم يقض فيه برد ولا إجازة حتى مات السفيه فهو بمنزلة إذا لم يعلم به حتى مات إلا أن يكون دخل بعلمه فيكون ذلك إجازة منه، وقال الفقيه أبو إبراهيم فى «مسائله»: كل ما عقده اليتيم على نفسه بعلم الوصى وشهادته بما هو نظر لليتيم فذلك لازم لليتيم وواجب عليه نكاحاً كان أو شراء أو بيعاً أو غير ذلك من مصالحه، وما كان من ذلك كله ليس بمصلحة ولا غبطة لليتيم فهو لازم للوصى بتضيعه

وتقصيره فى منعه مما ليس بمصلحة لليتيم، وقد نزل ذلك عندنا فأشرنا على القاضى بذلك إلا رجل منّا فإنه رأى أن ذلك غير لازم لليتيم ولا للوصي، ورأى أن ذلك من الوصى مسقطة توجب عزله عن اليتيم ولا توجب عليه الضمان، وهذا عندنا ضعيف لأن الوصى أمين، وكل أمين إذا ضيع أمانته أو تعدى فيها فهو ضامن لها، وذكر الأبهرى أن سكوت الوصى إذا رأى محجوره يبيع ويشترى ليس برضا ولا يلزمه ذلك، وكذلك الصغير بمحضر أبيه، وفى كتاب «الاستغناء» نحو ما ذكره الأبهرى فى الوصى، وقولنا فى عقد الفسخ: «إنه ترك لها ربع دينار» هو قول ابن نافع، وبه جرى العمل، وروى عن ابن القاسم: أن ذات القدر يترك لها باجتهاد على قدر حالها ولا يبلغ أن يكون صداقاً تاماً، ولم يحد مالك فى ذلك حداً، وقال ابن الماجشون: لا يترك لها من الصداق قليل ولا كثيرا، فإن طلقها قبل الفسخ نفذ الطلاق عليه ولحق به الولدان كأن قد دخل بها، ويدرأ عنه الحد، وإن مات أحد الزوجين قبل الفسخ فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: إن مات هو فلا ترثه، وإن ماتت هى فالنظر إلى وليه إن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ بدله الميراث أخذه، وإن رأى أن يرده رده وتركه ومثله قال سحنون: قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن النكاح يرتفع بموت السفيه، ولا يرتفع بموت السفيه، ولا يرتفع بموت الزوجة، فإذا مات هو لم يكن لها صداق ولا ميراث لكون النكاح محمولاً على الرد حتى يجاز، وإن ماتت هى نظر له الوصى وقد يكون الصداق أكثر من الميراث فيكون له الحظ فى رد النكاح، قال: وفى المسألة ثمانية أقوال:

أحدها: ما تقدم وهو قول مطرف وابن الماجشون.

والثاني: أنهما يتوارثان ويمضى الصداق، حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم. والثالث: أنهما لا يتوارثان ويبطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها منه ما تحل به. والرابع: أن الميراث بينهما ثابت، ويبطل الصداق إلا أن يكون دخل بها فيكون لها قدر ما تحل به وهو قول ابن القاسم فى العشرة. والخامس: أن الميراث بينهما، وينظر فى النكاح فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق دخل بها أو لم يدخل، وإن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به وهو قول أصبغ، والسادس: أن الميراث بينهما ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر فى النكاح إن كانت الزوجة هى الميتة فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق، وإن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به. والسابع: أن الميراث بينهما، ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر فى النكاح إن كانت الزوجة هى الميته على ما ذكر فى القول قبل هذا. والثامن: أنه ينظر فى النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولى أجازه كان الميراث بينهما ووجب الصداق، وإن كان غير ذلك لم يكن بينهما ميراث ولا صداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به، قال فى «مسائله»: والذى أختاره وأتقلد الفتوى به إذا كان الزوج هو الميت أن ينظر فى النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولى أجازه كان لها الصداق والميراث، وإن كان على غير هذه الصفة لم يكن لها ميراث ولا صداق إلا أن يكون قد دخل فيكون لها قدر ما تحل به، وإن لم يوفه بالنكاح ولم ينظر فيه الولى حتى خرج الزوج من الولاية لم يفسخ النكاح فى قول ابن القاسم، ومثل ذلك حكى ابن محرز فى «تبصرته» عن إسماعيل القاضي: أن المولى عليه إذا تزوج بغير إذن وليه

فلم يعلم به الولى حتى ترشد المولى عليه أن النكاح ثابت، قال: وكذلك وجدت لابن الماجشون فى أصوله فيما باع المولى عليه أو اشترى أن رشده يمضى أفعاله، وقد كان يشبه أن يعود ما كان بيد وليّه من ذلك إليه فيجيزا ويرد، وذكر القاضى أبو الوليد بن رشد فى «كتاب المأذون» من «المقدمات» خلاف ذلك وأنه يكون له الخيار بعد ملكه أمر نفسه، ولم يحك فى ذلك خلافاً، وفى «النوادر» لمالك –رضى الله تعالى عنه– وأدخله ابن سهل فى كتابه: أن لورثة المولى عليه أن يردوا ما صنع فى ولايته عما كان يكون له لو ولى أمر نفسه ما لم يترك بعد أن يلى نفسه بما يعلم أنه رضي، ومثله لمطرف وابن الماجشون خلاف قول ابن القاسم وأصبغ.

## إنكاح العبد والأمة والمكاتبة ونكاح الكتابية والبكماء

**تعقد فى نكاح العبد والأمة:** هذا ما أصدق فلان مملوك فلان بإذن سيده فلان المذكور فلانة مملوكة فلان بن فلان أصدقها كذا وكذا نقداً، وكالئاً النقد منه كذا قبضه لها سيدها المذكور، وصار بيده ليحوزها به إليه، وأبرأ منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، والتزم لها من الشروط كذا، تذكر من ذلك ما يقع الاتفاق عليه، ثم تقول: أنكحه إياها سيدها المذكور دون مؤامرتها بما وجه لها من ذلك وهى بكر حل للنكاح أو ثيب مستبرأة منه إذا كان وطئها حل للنكاح وشهد على فلان سيد العبد المذكور، والمنكح للزوجة سيدها

المذكور بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحال صحة وجواز وأشهده الزوج المملوك المذكور بما فيه عنه فى كذا.

**وتعقد فى نكاح العبد للحرة**: أصدق فلان مملوك فلان بإذنه زوجته فلانة بنت فلان كذا وكذا نقداً، وكالئاً النقد منه كذا، والكالئ كذا، وتبنى على ما تقدم من الشروط فى الزوجات الحرائر وغيرها، ثم تقول إن كانت بكراً مهملة: أنكحها إياها بإذنها ورضاها أخوها شقيقها فلان وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج وحدة الوفاة حل للنكاح، وبعد أن استومرت فى ذلك وأعلمت بالناكح والمهر وأن إذنها فى هذا النكاح إنما هو نطقها فنطقت وأفصحت بالرضا، وشهد على فلان سيد العبد وأخى الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحل صحة وجواز، وحضر الاستمار وشاهده كما يجب، وسمع نطقها بالرضا مفصحة به، وأشهده الزوج المذكور بما فيه عنه فى كذا فإن كانت ثيباً فتضمن الشهادة عليها:

**وتعقد فى نكاح الحر للأمة**: أصدق فلان بن فلان مملوكة فلان كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضه لها سيدها المذكور ليجهزها به إليه وأبرأ منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، والتزم لها من الشروط كذا ثم تقول: أنكحه إياها سيدها المذكور بما وجب له من ذلك دون مؤامرتها وهى بكر أو ثيب مستبرأة حل للنكاح وشهد على الزوج والسيد المنكح المذكور بما فيه عنهما ممن أشهداه به وعرفهما وبحال الصحة والجواز، وفى كذا.

**بيان:** وللسيد تزويج مماليكه الذكور والإناث بغير رَضاهم، ويجبرهم على ذلك، وكذلك المدبرة وليس له ذلك فى المكاتبة والمعتقة إلى أجل ولا الأمة يكون بعضها حراً وبعضها مملوكاً، ولا يزوج هؤلاء إلا برضاهن وكذلك أم الولد لا يزوجها إلا برضاها مع أنه يكره له ذلك، وقيل: له إكراهها على التزويج وهو فى «المدونة»، وإن أراد السيد أن يتزوج أمته أو أم ولده أو غيرهما ممن له فيه شعبة رق، فلا يجوز له عقد النكاح عليها حتى يبتّل عتقها، وليس له إذا عقد النكاح على عبده أن يطلق عليه إلا أن يكون صغيراً فيطلق عليه بشيء يأخذه له، ولا يجوز على غير ذلك، وإن كان العبد كبيراً فالطلاق له دون سيده يطلق كيف شاء فإن طلق زوجته رجعية فله ارتجاعها، وإن كره ذلك سيده أو سيد زوجته إن كانت أمة وطلاقه ثنتان، وهل له أن يتزوج أربعاً أم لا؟ فى ذلك قولان.

أحدهما: أنه يتزوج أربعاً حرائر كن أو إماء، وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وروى ابن وهب أنه لا يتزوج إلا اثنتين على النصف من الحر، ولابد للسيد أن يفرض المهر فى عقد نكاح مملوكه فى ماله أو فى مال مملوكه، فإن لم يذكر ذلك ولا بين فى مال من هو فهو على العبد دون السيد وعلى سيد الأمة أن يجهزها بما قبضه لها من الصداق، وقيل: له أخذه بجملته إذ هو ما لها، وقيل: يأخذه الأربع دينار منه فإنه يتركه لها، والشروط لازمة للعبد إذا التزمها فى عقد النكاح، والإشهاد بها إنما يكون على العبد إذ ليس للسيد أن يلزمه بشيء منها، قال بعضهم: لا يعقد عليه منها إلا طلاق من يتزوج إذ لا يلزمه عتق السرية ولا

شرط المغيب ولا غير ذلك من الشروط، وقال غيره: تعقد عليه جميعاً لأنه قد يعتق وزوجته فى عصمته فتلزمه فعقدها عليه جائز إن التزمها.

ويكتب فى **ذلك ما نصه**: والتزم طائعاً متبرعاً أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى معها، ولا يتخذ أم ولد وإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها والداخلة عليها بنكاح طالق، والسرية عند وجوب العتق لهذا الزوج بيد زوجته المذكورة، إن شاءت باعت، وإن شاءت أعتقت، وأم الولد حرة عند ذلك لله تعالى، وإن لم يلتزم العبد المهر ولا شيئاً من الشروط لم يحتج إلى ذكره فى الإشهاد، ولا يجوز فى نكاح المملوكة أن يشترط أن الولد حر فإن فعل ذلك فسخ النكاح قبل البناء وبعده بلا خلاف، قال ابن رشد: وقد يدخل الخلاف فى فسخه بعد البناء من مسائل غيرها والمعتبر فى رق الأولاد أمهاتهم دون آبائهم، فإن كانت الأم مملوكة فهو مملوك لسيدها سواء كان والده حراً أو عبداً، وقولنا فى صداق البكر إذا تزوجها العبد أنها نطقت بالرضا هو الصواب لأنه عيب فلابد من نطقها بالرضا به، وكذلك إن كانت بكراً ذات أب فلابد من النطق بالرضا إذا كان زوجها عبداً، وقال ابن فتحون: لا يحتاج إلى نطقها، وهو خلاف السنة وكذلك ليس للسيد جبرها على نكاح العبد، ولا يزوجها إلا برضاها، وقيل: له جبرها وعلى العبد نفقة زوجته الحرة وكسوتها طول بقائها فى عصمته من كسبه، ولا يمنعه سيده من ذلك، فإن كان لها عليه كالئ قضى به فيما وجد له من مال ما اكتسبه من تجارة أو هبة، ولا يقضى به عليه فى عمل يديه، ولا فى مال سيده، فإن ولد له منها أولاد لم تلزمه النفقة عليهم وهم أحرار من فقراء المسلمين، وإن طلقها لم يكن لها عليه نفقة ولا لأولاده منها، وإن كانت الزوجة

فنفقتها كذلك على زوجها حراً كان أو عبداً بوأها السيد معه ببيت أو لم يبوئها. وقال أشهب: لا نفقة لها على الزوج بحال وهى على سيدها، وقيل بالفرق بين أن يبوأها سيدها مع زوجها بيناً فتلزم الزوج أو لا يبوأها فتسقط النفقة عن الزوج وروى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنها على من ثبتت عنده من زوج أو سيد، وقال عبد الملك: نفقتها على الزوج فى حين كونها عنده وعلى السيد إذا انصرفت إليه وكانت عنده سواء كانت فى الليل أو فى النهار، وليس للمكاتب ولا من فيه شعبة رق أن يتزوجوا إلا بإذن سادتهم ذكراناً كانوا أو إناثاً، فإن تزوج العبد أو المكاتب أو من فيه شعبة من الرق من الذكران بغير إذن سيده فللسيد فسخه أو إجازته، قال أبو الفرج: والقياس أن لا يصح، وإن أجاز. **فيعقد فى ذلك عقد** أشهد فلان بن فلان على نفسه أن مملوكه فلاناً أو مديره أو مكاتبه كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير إذن، وأنه وقف الآن عليه وعلم به فأمضاه وجوزه وقطع الاعتراض فيه بكل وجه ومعنى، وشهد عليه بما فيه عنه فى كذا، وإن فسخه **فيكتب فيه عقد:** أشهد فلان بن فلان على نفسه أن مملوكه فلاناً كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير إذنه، وأنه علم الآن به ووقف عليه ففسخه بطلقة واحدة واسترجع ما كان قد دفعه إليها من الصداق إلا ربع دينار منه فإنه ترك لها إذا كان قد دخل بها، وأسقط عن مملوكه المذكور سائر ذلك، وأمضى ذلك وأنفذه بمحضر الزوجة أو والدها وعلمها بذلك، وأشهد بذلك على نفسه فى كذا، وهل للسيد فسخ هذا النكاح بالبتات أم لا؟ فى ذلك قولان. قال ابن رشد: وإن دخل العبد بزوجته فعلم السيد وسكت ولم ينكر فإنه يسقط حقه فى التفريق بينهما، ولا يدخل فى ذلك الخلاف الذى فى

السكوت هل هو رضا أم لا؟ وإن باعه السيد قبل علمه بنكاحه فهل يكون له فسخه وهو فى غير ملكه أم لا؟ فى ذلك قولان كالشفعة وإن وهبه أو أعتقه فليس له ذلك، وإن أراد المشترى الفسخ لم يكن له ذلك وهو القيام به إن كان لم يعلم به، وكذلك كل من صار إليه بعوض أو بغيره ليس له فسخ النكاح كالمشتري، وفى ذلك اختلاف، وأما الوارث فله ذلك بلا خلاف، وإن عتق العبد فهل يكون له ذلك أم لا؟ فى ذلك اختلاف أيضاً، ورجح بعضهم أنه ليس له ذلك، وللزوجة اتباعه بعد العتق بالصداق بخلاف المحجور إلا أن يسقطه السيد عنه فى حين فسخ النكاح فلا يكون لها اتباعه بذلك، وأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها فالنكاح فاسد ولا يصح، وإن أجازه السيد إذا باشرت العقد بنفسها وإن قدمت لذلك رجلاً عقد عليها ففيها روايتان:

إحداهما: أنه لا يصح أصلا.

والأخرى: أنه يجوز بإجازة السيد ويبطل برده، وإذا عتقت الأمة تحت العبد فلها الخيار إن شاءت أقامت مع زوجها وإن شاءت فارقته، فإن اختارت الفراق **فيكتب فى ذلك عقد:** أشهد فلانة الزوجة المذكورة فى كذا على نفسها أنها لما عتقت تحت زوجها المذكور معها فيه وهو مملوك، وعلمت أن لها الخيار فى المقام معه أو الفراق فاختارت الفراق، وطلقت نفسها عليه طلقة واحدة بعد البناء أو قبله أو اثنين بانت بهما منه على ما أوجبت لها السنة فى ذلك، وشهد على إشهادها بذلك فى كذا فإن عتقت تحت حر فلا خيار لها، وإن تزوج الحر الأمة على زوجته الحرة ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يكون لها الخيار فى نفسها وفى رد نكاح الأَمة أو إقراره.

والثاني: أنها إنما يكون لها الخيار فى أن تقيم معه أو أن تفارقه، وهو قول ابن القاسم، فإن اختارت الفراق **فيكتب فى ذلك عقد:** شهدت فلانة على نفسها أن زوجها فلاناً تزوج عليها بغير إذنها مملوكة فلان، وأنها لما علمت بذلك أبت المقام على ذلك فطلقت نفسها عليه طلقة واحدة ملكت بها أمر نفسها بما وجب لها من ذلك شرعاً، وشهد على إشهادها بذلك فى كذا، ولا يكون طلاق هذه الحرة التى تزوج عليها زوجها إلا واحدة تبين بها منه، وأما الأمة إذا أعتقت فلها أن تطلق واحدة ويكون لزوجها الرجعة إن عتقت فى عدتها، وإن كانت بائنة، وهل يكون لها أن تقضى باثنين طلاق العبد أم لا؟ فى ذلك روايتان المشهور منهما أن ذلك لها ولا يتزوج الحر الأمة إلا أن لا يجد طولاً وهو ما ينكح به الحرة من المال ويخشى العنت وهو الزنا، فإن لم يكن كذلك فهل يجوز له نكاحها أم لا؟ فى ذلك روايتان عن مالك –رضى الله تعالى عنه– إحداهما: أن ذلك لا يحل له والثانية: أن ذلك جائز، قال ابن القاسم: وهو آخر ما فارقته عليه ولا يحل نكاح الأمة الكافرة لمسلم حراً كان أو عبداً.

# فصل

تعقد فى نكاح الكتابية مثل ما تعقد فى نكاح الحرائر المسلمات فى المهر والشروط وغير ذلك، فإن لم يكن لها ولى عقد نكاحها أساقفة أهل دينها، فتقول: أنكحه إياها أخوها فلان أو ابن عمها فلان أو الأسقف فلان، وتبنى على ما تقدم فى الأنكحة من تضمين الشهادة على الزوجين والولى وغير ذلك، ولا يعقد نكاحها سلطان ولا ولى مسلم وإن كانت ساكنة بين أظهر المسلمين فأولياؤها أحق بالعقد عليها إلا أن يأبوا العقد عليها فيعقد عليها نكاحها السلطان، قال ابن زرب: وإذا منع الذمية أهل دينها من النكاح لزم السلطان أن يجبرهم على إنكاحها لأن منعهم لها من الظلم، وإن ذهبت إلى نكاح مسلم لم يجبرهم على العقد عليها، وإن كانت الكتابية معتقة لأحد من المسلمين أو مسبية أو مستأمنة فأمرها إلى السلطان وهو يعقد نكاحها، ولا يجوز نكاح المجوسيات وسئل أبو إسحق التونسى فى رجل تزوج امرأة من الشيعة، فقال: الشيعة على ضربين قوم يفضلون عليا على أبى بكر فهذا لا يصح القول بتكفيره، وتجوز مناكحته، ويبين له خطؤه حتى يرجع إلى الصواب، وقوم يفضلون عليا ويسبون غيره فهؤلاء كفرة لا تحل مناكحتهم وهم بمنزلة الكفار والمجوس، ومن ترك نكاح الكتابية فهو أحسن قال مالك -رضى الله تعالى عنه- وهو أحب إلى من غير تحريم، ولا يجوز نكاحها إذا كانت حربية، وروى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه كره، وقال: يترك ولده يتنصر فإن تزوجها، فقال ابن القاسم: أرى أن يطلقها من غير قضاء عليه فى ذلك، ولا يكون الشهود فى ذلك المسلمين، وكذلك أنكحة أهل الكتاب التى تنعقد بينهم لا

يحكم فيها إلا بشهود المسلمين، قال بعضهم: ويكره عقد أنكحتهم على شروط المسلمين، وأن يحضر ذلك المسلمون، ويوقعوا فيها شهادتهم لأنهم إذا أسلموا لم يلزم شيء من ذلك، وترك ذلك أحسن، فإن كتبت لهم فتكتب عدة المهر وتسمية الناكح والمنكح وتختصر القول، ولا تذكر فريضة الله تعالى ولا سنة رسوله. وفى كتاب «الاستغناء»: ولا بأس أن يحضر وليمة اليهودى ويأكل منها بعد أن يحلفه أنه لم يتزوج أخته ولا عمته، وإذا تزوج الرجل امرأة نصرانية ولم يعلم فلا حجة له فى ذلك حتى يشترط أنها مسلمة أو يعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة، وتعقد فى نكاح الصماء والبكماء مثل ما تقدم ثم تقول بعد التاريخ: وكان إشهادها بذلك بالإشارة المفهومة عنها المعلوم منها مرادها إذ هى صماء بكماء بعد تكرار ذلك المرة بعد المرة وعلم شهوده برضاها بذلك، والتزامها ما ذكر، وتحققهم ذلك منها بالإشارة كما ذكر فى التاريخ، وكذلك تعقد فى نكاح الأصم والأبكم، وفى البيوع، وغير ذلك، وإن كان مع ذلك أعمى فلا تصح عليه الشهادة بحال فى بيع ولا غيره لأنه لا تصح منه الإشارة، ولا يفهم عنه إشهاد.

## نكاح التفويض والإيجاب وتجديد عقد الصداق إذا ضاع

**تعقد فى نكاح التفويض:** وبعد فهذا كتاب نكاح العقد بين فلان وفلان فى ابنته البكر فلانة دون تسمية صداق على حكم نكاح التفويض وسنته، والتزم لها من الشروط كذا، وتبنى على ما تقدم فى نكاح البكر إن كانت بكراً، وفى نكاح الثيب إن كانت ثيباً، وهذا النكاح جائز من غير تسمية صداق إلا أن

يشترط إسقاطه فلا يجوز ويسميانه عند البناء، فإن تشاحا فيه كان لها صداق مثلها، وللزوجة منعه من الدخول حتى يسمى لها فإن أبى أن يعطها صداق مثلها قبل الدخول فسخ النكاح بطلقة ولم يكن لها عليه مهر، وبعده يحكم عليه بصداق المثل.

**وتعقد فى الإيجاب:** أوجب فلان لفلان النكاح فى ابنته البكر فلانة بكذا وكذا نقداً وكالئاً وتبنى على ما تقدم فى الأنكحة وتذكر الشروط وغير ذلك ثم تقول أوجب له فيها النكاح والدها أو وليها فلان، وتعقد الإيجاب على الموجب والموجب له والزوجة إن كانت ثيباً أو بكراً زوجها غير والدها، وهذا الإيجاب جرت العادة بعقده عند تمام النكاح والفراغ من الخطبة لربط النكاح بالإشهاد عند إرادتهم لتأخير كتاب عقد النكاح عند البناء أو إلى وقت يختارونه ولا فرق بينه وبين النكاح إلا فى اللفظ خاصة، وإن اجتزى به عن عقد النكاح، وفى الدخول جاز وإذا أوجب الرجل النكاح فى وليته بغير إذنها وهى بعيدة عنه أو قريبة فتأخر إعلامها بذلك فلا يجوز النكاح، وإن أجازته باتفاق من قول مالك وجميع أصحابه، قيل: ما لم يدخل وهو ظاهر قول ابن القاسم، وقيل: ما لم يطل بعد الدخول وهو قول ابن القاسم أيضاً، وقيل: يفسخ أبدا وإن طال وهو قول أصبغ، وأما إذا زوجها بإذنها ففى ذلك ثلاثة أقوال أحدها: أن ذلك جائز إذا كانت قريبة وأعلمت بالقرب وهو المشهور.

والثاني: أنه جائز فى القرب والبعد، والثالث: أنه لا يجوز قرب أو بعد إلا أن تكون حاضرة مقيمة معه بالبلد فيزوجها بإذنها، وفسخ ما لم يدخل، واختلف

فى حد القرب والبعد، فقال أصبغ وسحنون: اليوم واليوْمان، وقال عيسى بن دينار: ذلك مثل أن يعقد النكاح فى السوق أو المسجد ثم يسار إليها من ساعته، والشهادة شرط فى النكاح قبل البناء، فإن عقدا بغير بينة ثم أشهدا بعد ذلك وقبل الدخول جاز، فإن وقع الدخول قبل الإشهاد لم يصدقا على النكاح صدقهما الولى أو كذبهما، ولم يصح النكاح، وإن أقرا بالوطء لزمهما الحد على ما قال فى «المدونة» ، وقيل: يعاقبان ولا يحدان، فإن كان النكاح والدخول شائعاً مشهوراً سقط الحد باتفاق، وثبت النكاح، وفى «مقالات ابن مغيث»: إذا شهد للزوج بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنه تزوجها بنقد وكالئ مبلغه كذا برضا وليها فلان فإن زوجيتهما ثابتة، مثله فى «وثائق ابن فتحون»، قال ابن رشد: وإذا تقارر الرجل والمرأة على النكاح ولم يقم على أصله بينة وهما غير طارئين فلا يخلو الأمر عن وجهين:

أحدهما: أن تكون المرأة فى ملكه وتحت حجابه.

والثانى: أن تكون بائنة عنه منقطعة.

فأما إذا كانت فى ملكه وتحت حجابه فالميراث بينهما قائم والزوجية ثابتة إذا طال كونه معها واشتهر الأمر لأنه إذا لم يطل ولم يشتهر فوجوده معها ريبة توجب عليها الأدب، وإلا حدّا إن أقرا بالوطء على الاختلاف فى ذلك، وكذلك إن لم يعلم منهما إقرار لأن كونها فى ملكه وتحت حجابه كالإقرار منهما بالنكاح أو أقوى، وأما إذا كانت بائنة منه منقطعة فإن شهد فيه بالسماع وطال الأمر مدة يبيد الشهود فيها ففى ذلك قولان، قيل: إن الشهادة فى ذلك

بالسماع عاملة، وقيل: لا تجوز، وأما إذا لم يمض من المدة ما يبيد فيه الشهود وتجوز فيه شهادة السماع فلا اختلاف فى أن الميراث لا يكون بينهما ولا يثبت النكاح إلا أن تقوم بينة على أصله.

## فصل

وإذا ضاع عقد الصداق وذهب الزوجان إلى تجديده فإما أن يكونا بلديين أو غريبين، فإن كانا بلديين **فتكتب لهما عقد**: يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم معرفة تامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن طلقها منذ كذا طلقة واحدة ثم تراجعا منها، واتصلت الزوجية بينهما بغير طلاق وقع بينهما سوى الطلقة المذكورة حتى الآن، وقيدوا بذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا **كتبت فى أسفله عقد**: أشهد فلان الزوج المذكور أعلاه على نفسه قولاً بالحق وإيثاراً له ورغبة فيه أن زوجته فلانة المذكورة فيه ذكرت له أن كتاب صداقها المنعقد بينهما ضاع لها وسألته تجديده فأجابها إلى ذلك لما لزمه من القول بالحق والإذعان إليه وأقر بصحة زوجتهما كما ذكر فيه، وأنه كان لها فى كتاب صداقها من النقد كذا ومن الكالئ كذا مؤخر عنه إلى أجل كذا أو حال عليه لحلول أجله ومن الشروط كذا نصفها على حسب ما كانت فى كتاب الصداق، ثم تقول: وبمحضرها وموافقتها على ذلك وتصديقها إياه فيما ذكر، وأنها لم يكن لها فيه غير المسمى، وشهد على إشهادهما بما ذكر فى كذا، فإن عرف شهود هذا الرسم أصل الزوجية ضمنتها فيه ولم يحتج إلى عقد الاسترعاء المذكور قبل هذا، وإن كانا غريبين فهما مصدقان فيما يدعيانه من

الزوجية ويكتب بينهما بتجديد الصداق بإشهادهما به حسبما تقدم في هذا الرسم، وتزيد فيه: أنهما غريبان، ولا يحتاج إلى تعيين معرفة أصل الزوجية بينهما ولا إلى الاسترعاء المذكور بخلاف البلديين.

والمرأة الطارئة إذا قدمت فى الرفقة من بلد بعيد وادعت أنها دون زوج وخشيت العنت فإن السلطان يزوجها ولا يكلفها البينة على أنها لا زوج لها، ولكن يسأل عنها صلحاء أهل الرفقة، فإن استراب شيئاً من أمرها تركها، فإن كانت طارئة على البلد مقيمة فيه فلا يزوجها حتى تأتى بالبينة على أنها طارئة وأنها لا زوج لها ولا ولى، ولا يكون ذلك فى غير الطارئة حتى يثبت طلاق زوجها لها أو موته، والفرق بينهما أن الطارئة تصدق فى الزوجية، ولا تصدق المقيمة، وكذلك فى دعواها أنها دون زوج.

**ويكتب فى ذلك عقد**: يعرف شهوده فلانة بنت فلان، ويعلمون أنها طرأت على مدينة كذا وكذا دون زوج، واتصلت إقامتها بالموضع المذكور كذلك دون زوج يعلمونه تزوجها حتى الآن، ولا يعلمون أنها فى عصمة زوج، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضي، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، وإذا نعي إلى المرأة زوجها فتزوجت من غير بينة ثم جاء زوجها فإنها ترد إليه، وإن طالت المدة وولدت الأولاد، قال أبو عمران: ولو ثبت موته عندها برجلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ إلا أن يكونا غير عدلين أو لم يعلم ذلك إلا بقولها فإنه يفسخ، وذلك بخلاف امرأة المفقود، فإنه إذا جاء زوجها وقد تزوجت فإن كان لم يدخل بها ردت إليه على المشهور الذى رجع إليه مالك، وقيل: العقد

فوت فلا ترد إليه، وكذلك الذى طلق زوجته ثم ردها ولم تعلم بالرجوع فتزوجت فإنها لا ترد إليه إن دخل بها الثاني.

## إيراد الأب أو الوصى أو الولى بيت بناء المرأة ما يجهزها به من الشوار من نقد أو نحلة أو غير ذلك

**تعقد فى إيراد الأب:** أورد فلان بن فلان بيت بناء بنته فلانة مع متزوجها فلان أسباباً تذكر بعد، فمن ذلك نحلة بكذا وثوب بكذا تذكر الأسباب بقيمتها فإذا كملت، قلت: انتهت الأسباب، وتحمل فى قيمتها بتقدير أهل البصر والمعرفة بها كذا وكذا ديناراً من سكة كذا يدعى الأب منها كذا وكذا ديناراً عما نحله إياها فى كتاب صداقها من شوار، ويدعى منها كذا وكذا ديناراً عن نقدها إذا قبضه لها والدها ووضعه فيما ذكر، وإن شط بعد ذلك شيء، قلت: وشط بعد ذلك كذا وكذا ديناراً سلم فيها الوالد لابنته المذكورة أو استرجع بها من الأسباب كذا ثم تقول: ومن عاين الأسباب المذكورة من حيث ذكر ويعرف السداد فى قيمتها المسماة، وأشهده المورد بما فيه عنه، وعرفه فى كذا من حضر الزوج وموافقته.

**بيان:** فيما تضمنته هذه الوثيقة براءة للأب فيما تحصل عنده لابنته أو قبله من نحلة أو نقد أو غير ذلك، وكذلك للوصى وغيره، فإن وجه الأب أو الولى الأسباب بعد أن قومها بمحضر الشهود إلى دار الزوجين ولم يغب بعد ذلك عليها فذلك براءة له أيضاً، وإن لم يصحبها الشهود حتى دخلت بيت البناء، ولا

يلتفت بعد ذلك إلى دعوة الزوج أنها لم تصل إلى بيته، وهو كما لو ادعى أنه أخذها من بيته أو أرسل من أخذها، والذى تقدم فى الوثيقة أتم وأبرأ، وإذا ادعى الأب بعد البناء أنه جهز ابنته بنقدها و لم يظهر ما يكذبه كان القول قوله فى ذلك، قال ابن رشد: لأنه على ذلك قبضه من الزوج، والعرف يشهد له، ويكون عليه اليمين لحق الزوج، ولو ادعى أنه جهزها بما لها قبله من ميراث أو نحلة أو غير ذلك لكلف البينة على ذلك، و لم يكن القول قوله فى ذلك قرب أو بعد، وإن أقام الأب ما زاد على النقد من الجهاز وكتب البينة على ابنته دينا فذلك عليها، ويأخذه الورثة إن مات إذا كانت قيمة عدل، قاله ابن لبابة وغيره، ولا يلزم الأب أن يجهز ابنته بشيء من ماله، وكذلك الثيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصداق، قال فى كتاب «الاستغناء»: وينبغى للأب أن يشور بنته من مالها وكذلك الوصى ويشتريان لها كسوة وحلياً لأن ذلك نظر لها ومما يرغب الناس فيها، ولا يجبران على ذلك، وكذلك الثيب تؤمر بذلك ولا تجبر، وأما إذا ادعى الأب العارية فيما جهز به بنته زائداً على النقد كان القول قوله ما لم يطل ذلك بعد البناء، وليست السنة فى ذلك بطول، قال ابن عبد الغفور: كان محمد ابن عيشون يرى ذلك له إلى السابع لا غير، وفى «الدمياطية»: أنه إنما يصدق فى ذلك إذا كان له على أصل العارية بينة وإلا لم يصدق فى ذلك قرب أو بعد والمشهور ما تقدم، وعلى المشهور يكون له أخذ ما وجد من ذلك، ولا يكون له على الابنة شيء فى فوت ما فوتته إن امتنته ولا على الزوج معها، فإن قام بعد طول من الزمان لم يكن له ذلك كان الأصل له معروفاً أم لا، ولا ينفعه إقرار الابنة بذلك، وإن كان أشهد حين التجهيز أن ذلك منه عارية كان القول

قوله، وإن طال الزمان، ويكون له أخذ ما وجد من ذلك، ولا ضمان على الابنة فيما تلف من ذلك ولا زوجها كما تقدم، وليس ذلك فيما جهز به بنته الثيب وهو فى مالها بمنزلة الأجنبى، وكذلك سائر الأولياء مع الأبكار بمنزلة الأب مع ابنته الثيب، وإنما جاز ذلك للأب فى البكر خاصة لأن مالها فى يده، قال فى «سماع أصبغ»: فإن أشهد فى الثيب على الشورة أنها عارية قبل الدخول ثم قام يطلبها كان له ذلك، وإن كانت ثيباً وعلى هذا يكون حكم سائر الأولياء، وكذلك مع الإشهاد، وإن تلف شيء من ذلك لم يكن عليها شيء إلا أن تعلم المالكة لأمرها أن ذلك عارية فتضمن ما تلف.

## فصل

وتعقد فى إيراد الوصى أو غيره مثل ما تقدم وذلك براءة له فيما تحصل عنده للزوجة من نقد أو غيره إذا لم تكن مالكة أمر نفسها، فإن جهز الوصى محجورته بزائد على صداقها مما استقر لها بيده من ميراث أو غلة أو غير ذلك إذا طلب ذلك منه الزوج ذكرت فى عقد الإيراد ضمان الزوج الطالب لذلك درك الزوجة أو من يقوم عنها فى ذلك، وذلك أحوط له إذ قد اختلف فى ذلك، فقيل: ليس للوصى ولا لغيره إخراج اليتيمة عن ميراث أبيها أو غيره لثياب تقام عليها وحسبها صداقها، وبهذا القول جرى العمل بقرطبة، ووقع لابن رشد أن الوصى إذا جهز يتيمته من مالها وأورده بيت بنائها فذلك براءة له من ضمانه، وذكر أبو الوليد بن خيرة فى تأليفه أن للوصى أن يجهز اليتيمة من مالها الذى لها بيده، واختلف إذا كان أصلاً فباعه وجهزها به على قولين، قال: وكذلك

الأب، وذكر ابن المواز فى كتابه أنه يباع على اليتيمة من أصولها ما تتجهز به لتزويجها على العرف فى التجهيز، قال: ويجعل أكثر ذلك فى حلى ويسوغ له بيع ما هو من الأرض قليل الفائدة للمحجورة ليجعل فى جهازها، وقال به عبد الله ابن أحمد، وذكر أنه منصوص فى كتاب جمعه ابن عتاب، وقال فيه: إن الشيوخ اتفقوا فى اليتيمة تزوج ولها عقار وليس لها ما تشور به أن العقار يباع عليها وتشور بثمنه، وأفتى به محمد بن فرج، وفى كتاب «الاستغناء» سئل بعض الفقهاء فى يتيمة لها أخوة وأم ولا وصى عليها فيريدون أن يقيموا شوارها فيحاسبوها به فيما ترك أبوها، فقال: أما على قول ابن القاسم إذا كان ميراث أبيهم وأقاموه قيمة عدل، وكان الأمر لابد لها منه لزمها فى نصيبها، قال: وأحسن من ذلك أن يكون برأى السلطان يوكل لها فى ذلك إذا كان برأيها لأنها عندهم على الرشد،وبهذا أفتى بعض شيوخ المتأخرين إذا ثبت رضاها أن يمضى عليها، قال القاسم بن مسعدة: وإن فعلوا ذلك بغير رضاها وأمرها رجعت فى ميراثها وأخذوا ما وجد عندها مما أخرجوا لها ولا يحاسبونها بما أتلفت لأنهم عرضوها للتلف، قال: وهذا القول أعجب إلينا من قول ابن القاسم وأشبه بالصواب، وفى «مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج»: سئل رجل جهز يتيمة بشوار وكتب عليها خمسة عشر ديناراً وأشهد به عليها فقال: إن وجد الثياب أخذها، ولا يتبع ذمة اليتيمة بشيء كمن عامل سفيها ولو أشهد على إيراد الثياب فى بيت البناء لكان أشبه له فى القيام، وفى التحقيق، ولا يتبع ذمتها بشيء إلا أن يجد الثياب بأعيانها فيأخذها، وفيها أيضاً: سئل فى امرأة أوردت بيت بنتها أسباباً منها ما ابتاعت لها من نقدها، ومنها ما سلفتها ثمنها وهو مائتا مثقال،

ومنها على سبيل العارية، وأشهدت أنها وهبت ذلك كله، وكانت قد استرعت قبل ذلك أنها متى أشهدت لها بالهبة فلا تريد بها وجه الله تعالى، وأنها راجعة فيها، فأجاب بأن الهبة جائزة ولا يوهنا الاسترعاء، وأجاب غيره بأن عقد الاسترعاء مؤثر فى الهبة ومبطل لها إذا كان متقدماً لأنها لو شاءت لم تفعل كالحبس بخلاف البيع، قال: وما فعلته الأم الوصية من إسلاف بنتها المائتى مثقال وابتياع الأسباب فليس لها أن تلزم ابنتها اليتيمة ديناً فى ذمتها فى شيء لا حاجة لها به، وللابنة رد الثياب التى ألزمتها أمها، ويسقط الدين عنها ويبقى لها من الثياب بقدر نقدها، وإن ذهب الأب أو غيره من الأولياء إلى تثقيف ما أبرزه لوليته من الشوار لخوفه عليه أو لغير ذلك، فقال ابن رشد: أما الأب فله أن يثقف من شوار ابنته ما تستغنى عنه إذا خاف عليه عندها، وكذلك الوصي، وأما غيرهما من الأولياء فإن دعا إلى ذلك على وجه الحسبة نظر القاضى فى ذلك بما يراه من الاجتهاد، قال أبو عبد الله ابن عتاب: وينظر فى حال الأب فإن كان مأموناً على الثياب له ذمة فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم إلى ابنته منها ما تتحمل به لزوجها على التوسط، ويشهد الأب بما فضل عنده من ذلك لابنته، وإن كانت أحواله غير مرضية وضعها الحاكم على يد من يراه ممن يرتضيه بالشهادة، وبمثله قال ابن جماهر، وقد وضعت ثياب بنات بأيدى آبائهن فأكلوها وتعذر الإنصاف منهم لقلة ما بأيديهم. وإذا ادعت الزوجة أو أبوها أن الزوج أخذ الجهاز أو بعضه وأنكر الزوج ذلك كانت عليه اليمين، وله ردها، ولا يلزمه أكثر من ذلك إلا أن يكون ضمنها فى الإيراد، فإن كان ضمنها فهلكت غرمها إلا أن تقوم بينة على هلاكها عنده أو يأتى عليه من الزمان ما

تخلق فيه مثله فيحلف ويبرأ، وسئل ابن رشد عن الزوج إذا ضمن شوار زوجته ثم ادعى تلفه أو قامت له بينة على تلفها، فقال: إن كان ضمنها مخافة التلف عليها حيث تلفت فهو لها ضامن قامت له بينة على تلفها أم لا، وإن كان سبب ضمانه أنه اتهم على الغيبة عليها ولم يؤتمن فى ذلك فلا ضمان عليه فيها إذا قامت له بينة على تلفها، ومن حق الزوج أن تتجهز المرأة إليه بجميع النقد على المشهور من مذهب مالك –رضى الله تعالى عنه– وحكى ابن لبابة أنها تمسك منه ربع دينار لاستباحة بضعها، وأنكر ذلك عليه بعض الشيوخ، ويجب أن تصرفه فيما يصلح مما تحتاج إليه فى بيتها مع زوجها من المتاع والفرش والوسائد وما لا غنى لها عنه من عطر وزينة، وغير ذلك مما جرى العرف أن تتجهز به إلى زوجها وإن كان فيه مما تتخذ منه خادماً فعلت، وتقدم فى ذلك الأوكد، فإن جعلت جميعه فى طيب ثم تطالبه بالكسوة للباسها ورقادها من ذلك اليوم لم يكن لها ذلك، وكذلك ليس لها ولا لوليها أن يبتاع لها به خادماً إذا لم تكن لها ثياب تمتهنها، وله ذلك إن كان لها ما يتوطآنه من الفراش والمرفقة واللحاف، فإن فضل شيء ففراش يحملان عليه ونحو ذلك، وإن لم يفضل شيء فعلى الزوج أن يبتاع ما يفترشانه ويتوطآنه ويلتحفانه ويرقدان عليه، وأن ذلك يلزمه لها وعلى الأب أن يجهزها بكسوة بذلتها سواء كانت قبل النكاح أو بعده، وليس له إخراجها عريانة كالخادم إذا بيعت، فإن كانت خلقة كان على الزوج أن يكسوها لأن كسوتها عليه، وليس عليها أن تشترى من جهازها كسوة تبتذلها، وليس يلزم الأب شيء لها إلا أن يحب سواء كان من ماله أو من مالها، وكذلك الثيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصداق، فإن كان معها كسوة من جهازها أو

هدية اشترطت عليه أو كانت عندهم معروفة كالشرط لم يلزم الزوج كسوةحتى تخلق، وحينئذ يقضى بها عليه، وسئل بعض الفقهاء عن رجل تزوج امرأة فدفع إليها نقدها وهديتها فلما دخل بها وبقيت معه شهراً أو أكثر من ذلك طلبت منه كسوة وقد كان ابتاع لها محشو ملحم فى هديتها هل يجب عليه كسوة قبل تمام العام أو تبتذل محشو الهدية؟ فقال: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه فى خلالِ العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة، وليس عليها أن تبتذل الهدية إلا من حقها، ولها أن تتجهز له بالهدية بعد وقت، وأما الكالئ إذا حل أجل قبل الدخول فللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه، وهل يلزمها أن تتجهز به أم لا؟ كالنقد فى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يلزمها أن تتجهز به، والثاني: أنه لا يلزمها أن تتجهز به، قال ابن فتحون: وهو مشهور مذهب مالك –رضى الله تعالى عنه.

## وضع المرأة والدها كالئها على شرط أو غير شرط

**يعقد فى وضع المرأة كالئها عقد:** أشهدت فلانة على نفسها أنها الذى وليته من حسن صحبة زوجها فلان لها وجميل عشرتها معه وضعت كالئها المكلأ لها عليه فى كتاب صداقها وهو كذا، وأسقطته عنه طائعة بذلك متبرعة، وقبل ذلك منها زوجها المذكور، وشهد عليها بما فيه عنهما فى كذا، وإن كان على شرط، **فيكتب فى ذلك عقد:** أشهدت فلانة على نفسها أنها وضعت عن زوجها فلان كالئها المكلأ عليها لها فى كتاب صداقها وهو كذا على أن لا يتزوج عليها أو

لا يرحلها من موضع كذا، وأنه إن فعل شيئاً من ذلك فهى مرتجعة فيما وضعت عنه من ذلك وقبل ذلك منها على الشرط المذكور، وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: إن سقط من العقد بل من عقد الوضع قبول الزوج له وبقى حتى ماتت المرأة سقط حكم العقد وصار الكالئ موروثاً عن الزوجة، وأخذ من الزوج فى رواية ابن القاسم إذ هى هبة لم تقبض، وقال أشهب: ذلك جائز ماضٍ وكونه فى يده أحوز الحوز، وكذلك ما زاده الزوج لزوجه فى صداقها بعد العقد تأخذه به فى حياته على حكم الصداق، فإن طلقها قبل البناء فلها نصفه، وإن مات لم تأخذ منه بعد الموت شيئاً لأنها هبة لم تقبض، ولها أن تأخذ بعض الكالئ وتسقط بعضه إذا حل أجله، وإن لم يحل فلا يجوز ذلك إلا أن يصالحها فيه بعرض، وإذا كان الوضع على شرط ففعل الزوج ما شرطت عليه رجعت فيما وضعت عنه من الكالئ، وللأب أن يضع من صداق ابنته على وجه النظر لها، وروى ابن وهب أنه ليس له أن يضع من ذلك شيئاً إلا عند الطلاق، وليس له وضع الصداق بجملته إلا عند الطلاق على المشهور المعلوم، وقيل: له أن يضعه بجملته بعد البناء وإن كرهت الزوجة إذا كان على وجه النظر لها، وأما الوصى فلا يجوز له أن يضع من ذلك شيئاً قليلاً ولا كثيراً، وقد روى عن ابن القاسم أنه يجوز له وضع البعض على وجه النظر، وإذا طلقها وكانت قد وضعت عنه فأثبتت أنه كان يضربها فلا رجوع لها عليه إلا أن يكون وضعها لذلك حين الطلاق أو تكون استرعت عليه فيما وضعته، وسئل الفقهاء بقرطبة فى امرأة سلفت زوجها سلفاً إلى أعوام ثم طلقها قبل مضى المدة فزعمت أنها إنما سلفته

وأنظرته استدامة لعصمتها معه وحسن صحبته، فأفتى ابن عتاب وابن مالك أنها تأخذه بذلك حالاً مع يمينها، وخالفهما ابن العطار، وقال: يبقى إلى بلوغ أمده، ذكر ذلك ابن سهل.

## فصل

**وتعقد فى قبض المرأة كالئها أو والدها عقد:** قبضت فلانة من زوجها فلان وقبض فلان لابنته فلانة الكائنة فى حجره من زوجها فلان كالئها كذا، وصار بيدها، وأبرأته منه، وأشهد بذلك فى كذا، **وتعقد فى قبض النقد:** قبض فلان لابنته فلانة الكائنة فى حجره من زوجها فلان نقدها المسمى، فى كتاب صداقها، ومبلغه كذا، وصار بيده ليجهزها به إليه، وأبرأ منه، وأشهد بذلك فى كذا.

**بيان:** فى قبض المرأة الثيب المالكة أمر نفسها لصداقها براءة للزوج، وكذلك إن كانت بكراً يتيمة قد بلغت حد التعنيس، وهو خمسة وثلاثون عاماً فما فوقها، وإن كانت غير معنس فلا يبرأ الزوج بدفع النقد لها إذا كان عيناً، وكان سحنون يجيز فعلها فى ذلك، فإن كان المقبوض النقد وادعت هذه المالكة لأمر نفسها تلفه فإنها تحلف أنه ضاع ولا يكون عليها أن تعوض منه جهازاً، وقال عبد الملك: عليها أن تخلف من مالها ما تتجهز به عوضه، وأما الأب فى ابنته البكر فقبضه أيضاً براءة للزوج فى قول ابن القاسم، وقال أشهب وابن وهب: لا يبرأ الزوج إلا بمعاينة الدفع ووصى الأب ومقدم القاضى فى ذلك مثله، فإن ادعى تلفه فلا يلزم الزوج غرمه ثانية على قول ابن القاسم، ويلزمه على قول

غيره، وإن ادعى الأب أو غيره أنه دفعه لابنته عيناً فعليه غرمه، فإن كان الأب مريضاً فلا يصدق فى القبض إلا بمعاينة القبض فى قول ابن القاسم وغيره، وقال ابن رشد: إن أقر بالقبض عند العقد وهو مريض جاز إن كان الزوج موسراً و لم يجز إن كان عديماً، وإن كان القبض فى حين العقد ففيه اختلاف، وأما الوكيل فلا يبرأ الزوج بقبضه للصداق منه إلا بمعاينة الدفع باتفاق، فإن لم تكن معاينة وادعى الوكيل تلف ما قبضه فعلى الزوج غرمه، ولا يكون له رجوع على التوكيل، قال ابن رشد: ولا خلاف فى هذا إلا أن يدخل فى ذلك الاختلاف من المسألة الأولى التى فى «المدونة»، وأما إن دفع إلى وليها الذى ليس بوكيل ولا وصى فإن ضمنه له فعليه غرمه، وإن لم يضمنه وادعى بعد ذلك تلفه فعلى الزوج غرمه ثانية سواء قبضه ببينة أو بغير بينة وهل يرجع بذلك على الولى أم لا؟ فى ذلك قولان

أحدهما: أنه يرجع عليه ويضمه إياه لأنه قبض ما لا يجوز له قبضه، والثاني: أنه يرجع عليه، قال سحنون: ولا أدرى بأى وجه يضمن لأنه إن كان قبضه على وجه الرسالة فلا يضمن، وإن كان على وجه الاقتضاء فليس بوكيل على القبض فلا يضمن، وإذا انعقد قبض الصداق على الأب أو الوصى دون معاينة ثم ادعى بعد ذلك أنه لم يقبض شيئاً قال: ظننت به الخير فأشهدت بالقبض مسامحة فأفتى ابن لبابة بأن اليمين تجب على الزوج لو قبضه، وقال غيره: لا يمين عليه وإلا لم يكن للإشهاد فائدة، وفى «أحكام ابن سهل» من أجوبة بعض الشيوخ التفرقة بين أن يكون ذلك بحرارة العقد فتجب اليمين أو لا يكون بحرارة العقد فلا تجب اليمين.

# الطلاق وما يتعلق به

الطلاق السنى هو الواقع على الوجه الذى ندب الشرع إليه وشروطه أن يكون واحدة رجعية فى طهر لم يمسها فيه ولا يردفها بطلقة أخرى، وقيل: إذا طلقها فى كل طهر مرة قبل أن يمسها من غير رجعة فهو من طلاق السنة ولا بدعة فى الصغيرة واليائسة.

**ويعقد فى ذلك عقد:** طلق فلان زوجه فلانة بعد البناء طلقة واحدة سنية فى طهر لم يمسها فيه، وهو أملك برجعتها ما لم تنقض عدهًا، وأشهد بذلك من عرفه فى الصحة والجواز فى تاريخ كذا.

## فصل

فإذا فقد شيء من الشروط المتقدمة فليس بسنى، وذلك أربعة أنواع: رجعي، ومملك على غير شيء، وثلاث، وخلعي.

**فأما الرجعى فتكتب فيه عقد:** طلق فلان زوجته فلانة بعد البناء بها طلقة واحدة رجعية يملك بها رجعتها ما لم تنقض عدهًا، وأشهد بذلك فى الصحة والجواز من عرفه فى كذا، ويلزم الرجل فى هذا الطلاق الرجعى والسنى النفقة والكسوة للزوجة طول العدة، وإن مات أحدهما ورثه الآخر، وله مراجعتها فيها دون إذنها ما لم تنقض عدهًا، فإن أوقع الزوج هذا الطلاق الرجعى فى طهر مسها فيه فهو مكروه وليس بممنوع، وإن أوقعه وهى فى حالة حيض أو نفاس فهو ممنوع، ويجبره السلطان على الرجعة فإن أبى حكم عليه بها.

**ويكتب فى ذلك عقد:** أشهد القاضى بموضع كذا فلان أن فلاناً قد أوقع على زوجه فلانة طلقة واحدة رجعية وهى بحال حيض، وثبت ذلك عنده فأمره بارتجاعها فأبى من ذلك، وامتنع فحكم عليه القاضى بذلك، وقضى عليه بلزوم الطلاق له والرجعة بعد أن ثبتت إبايته لديه كما يجب، وانعقد ذلك على واجب السنة، وشهد على القاضى بما فيه عنه فى كذا، فإن أنكر الزوج أنه طلقها فى حال حيض وادعى الطهر وأكذبته فى ذلك فروى أصبغ عن ابن القاسم: أن القول قوله، وروى ابن سحنون عن أبيه: أن القول قولها ولا ينظر إليها النساء، قال ابن المواز: فإن كانت طاهراً حين ارتفعا إلى الإمام فيكون القول قوله لا قولها، حكى عن بعض الشيوخ أنه قال: ينظر إليها النساء كالعيوب، ولا يجبر على الرجعة فى البائنة، وإن كان قبل الدخول فهل يجوز له إيقاع الطلاق فى حال الحيض أم لا؟ فى ذلك قولان، وإن كان الطلاق بعد أن خلا بها دون مسيس، **فتكتب فى ذلك عقد:** طلق فلان زوجه فلانة طلقة واحدة بعد زيارته لها وخلوته بها من غير مسيس بموافقتهما وإقرارهما بذلك، وأشهدا بذلك فى كذا، وعلى الزوجة العدة فى هذا الطلاق بخلوته معها ولا رجعة له عليها لاتفاقهما على عدم الوطء، وكذلك إن كان الطلاق بعد البناء وأنكرت الزوجة الوطء وادعاء الزوج فليس له عليها الرجعة وعليها العدة لإقرارهما بالخلوة، **ويكتب فى الطلاق قبل البناء وقبل المسيس عقد:** طلق فلان زوجه فلانة بعد بنائه بها ودخوله معها طلقة واحدة دون مسيس بإقرارهما بذلك واتفاقهما على عدم الوطء إلى حين الطلاق، وشهد بذلك عليهما فى كذا، قال ابن رشد فى «كتاب البيان»: فإن ظهر بها بعد ذلك حمل فادعت أنه منه وأقر هو

به فإنه يلحق به وتكون له الرجعة، ويلزمه الصداق كاملاً ولا يتهم أنه أقر بالولد لتكون له الرجعة لأن إلحاق النسب يرفع التهمة، فإن طلقها بعد الوطء من غير بناء، **فيكتب فى ذلك عقد:** طلق فلان زوجه فلانة بعد دخوله بها دون بناء وإقراره بوطئها طلقة واحدة رجعية وأشهد بذلك فى كذا، وله الرجعة عليها فى هذا الطلاق إذا وافقته على الوطء، والعدة لازمة لها كذلك لثبوت الوطء، وأما الطلاق المملك على غير شيء بعد البناء **فيكتب فيه عقد:** طلق فلان زوجة فلانة بعد بنائه بها طلقة واحدة ملكها بها أمر نفسها دونه، وأشهد بذلك فى كذا، وهذا الطلاق مكروه لأنه على خلاف السنة، واختلف فيه على ثلاثة أقوال فقيل: إنه يكون طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق واحدة لا رجعة لى عليك فيها، وهو قول مطرف وأشهب، والثاني: أنها تكون البتة كمن قال: أنت طالق واحدة بائنة فإنها ثلاث، وهو قول ابن الماجشون وابن حبيب، والثالث: أنها طلقة واحدة بائنة، قاله ابن القاسم وحكاه القاضى أبو محمد عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وبه القضاء وكان ابن عتاب -رحمه الله تعالى- يفتى بأن من بارأ زوجه هذه المبارأة ثم طلقها بعد ذلك فى العدة أن الطلاق يرتدف عليه فى العدة استحساناً ومراعاة لقول من يراه طلقة رجعية فإن طلقها ولم تكن له نية ففى ذلك قولان،

أحدهما: أنه يلزمه طلقة واحدة، والثانى: أنه يلزمه الثلاث، ذكر ذلك ابن رشد فى طلاق السنة، وسئل ابن رشد فى كتاب عقد وثيقة برجعة من الطلاق المذكور دون زوج، فقال: هو رجل جاهل ضعيف الدين فعل ما لا يسوغ له بإجماع من أهل العلم، إذ ليس من أهل الاجتهاد فيسوغ له مخالفة ما أجمع عليه

فقهاء الأنصار، وإنما يجب عليه تقليد العلماء فى وقته ولا يسوغ أن يخالفهم برأيه فالواجب أن ينهى عن ذلك، فإن لم ينته أدب، وكانت جرحة فيه تسقط إمامته وشهادته، وكذلك اختلف فى الذى يقول لامرأته: أنت طالق فينوى به الثلاث، فقيل: إنما يلزمه طلقة واحدة وهو قول الحسن والثورى والأوزاعى وأحمد بن حنبل وغيرهم، وقيل: إذا نوع الثلاث لزمت الثلاث وهو قول مالك والشافعى وإسحق -رضى الله تعالى عنهم- وسبب الخلاف فى ذلك أن الطلاق هل يلزم بالنية أم لا؟ قال ابن رشد فى «مقدماته»: واختلف بماذا يلزم الطلاق على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزم بمجرد النية دون القول، وهى رواية أشهب عن مالك - رضى الله تعالى عنه- فى «كتاب الأيمان بالطلاق».

والثاني: أنه يلزم بمجرد القول دون النية.

والثالث: أنه لا يلزم إلا باجتماع القول والنية، وهذا فيما بينه وبين الله تعالى، وأما فى الحكم الظاهر فلا اختلاف بين أهل العلم أن الرجل يحكم عليه بما أظهر من صريح القول بالطلاق أو كنايته ولا يصدق أنه لم ينوه ولا أراده، وإن ادعى ذلك على مذهب من يرى أن الطلاق لا يلزم بمجرد القول حتى تقترن به النية. قال بعض المتأخرين: والقول فى ذلك على مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- أن ألفاظ الطلاق تنقسم على ثلاثة أقسام صريح، وكناية، وما ليس بصريح ولا كناية، فأما الصريح فهو لفظ الطلاق وما تصرف منه دون غيره من الألفاظ عند مالك -رضى الله تعالى عنه- فيلزم الطلاق بذلك على

كل حال ولا يفتقر إلى نية، وأما الكناية فهى على قسمين: ظاهر، ومحتمل.

فأما الظاهر: فهو فى العرف طلاق مثل سرحتك، وفارقتك وأنت حرام، وبتة، وبتلة، وبائن، وحبلك على غاربك، وكالميتة والدم، ووهبتك، ورددتك إلى أهلك، ونحو ذلك فيقضى عليه فى ذلك بالطلاق؟ ولا يقبل دعواه أنه لم يرد بها الطلاق. واختلف ماذا يلزمه فى هذه الكنايات الظاهرة من أنواع الطلاق فقيل: يلزمه فيها الثلاث على كل حال، وقيل: يلزمه الثلاث فى المدخول بها، وينوى فى غير المدخول بها، فإن قال: إنه أراد بها البتة، فله نيته وهو المشهور، وقيل: يلزمه واحدة بائنة على كل حال، وقيل: رجعية فى المدخول بها وبائنة فى غير المدخول بها، وقيل: ثلاث فى المدخول بها، وواحدة فى غير المدخول بها.

وأما المحتمل فمثل اذهبى وانصرفى وأنت حرة والحقى بأهلك ولست لى بامرأة ولا نكاح بينى وبينك، ونحو ذلك مما ليس بطلاق فى العرف، فله نية فى ذلك وهو مصدق، وإن ادعى أنه لم يرد بذلك طلاقاً ولا يحكم عليه بذلك إلا بما نواه، وأما ما ليس بصريح ولا كناية فمثل أن يقول: اسقينى ماء أو ناولينى كذا، ويريد بذلك الطلاق ففى ذلك قولان :

أحدهما: أنه لا يلزمه بذلك طلاق قصد أو لم يقصد حتى ينطلق بلفظ من صريح الطلاق أو كنايته.

والثانى: أنه إذا نوى الطلاق بذلك اللفظ وقصده لزمه الطلاق، وإن لم يكن من صريح الطلاق ولا من كنايته وهو المشهور، وفى «المدونة»: كل كلام ينوى به الطلاق فهى به طالق فإن سبق لسانه بالطلاق ونطق به بلفظ صريح أو كناية

ظاهرة حكم عليه به، وإن لم يكن قصده ولا يلزمه الطلاق فى الفتوى، وإن طلق هازلاً ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزمه، والثاني: أنه لا يلزمه، والثالث: أنه إن قام دليل على أنه كان هازلاً لم يلزمه. وفى طلاق السكران اختلاف، قال ابن رشد: السكران ينقسم قسمين: سكران لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وسكران مختلط معه بقية من عقله إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطئ ويصيب، فأما السكران الذى لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف أنه كالمجنون فى جميع أفعاله وأقواله فيما بينه، وبين الله تعالى، وفيما بينه وبين الناس، وأما السكران المختلط الذى معه بقية من عقله فاختلف أهل العلم فى أفعاله وأقواله على أربعة أقوال:

أحدها: أنه فى حكم المجنون الذى رفع عنه القلم ولا يحد فى زنا ولا سرقة، ولا قذف ولا يقتص منه فى قتل، ولا يلزمه عتق ولا طلاق، ولا بيع، ولا شيء من الأشياء، وهو قول أبي يوسف واختاره الطحاوي، وهو قول محمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك أن طلاق السكران لا يجوز.

والثاني: أنه فى حكم الصحيح الذى ليس بسكران يلزمه ما يلزمه لأن معه بقية من عقله يدخل به فى جملة المكلفين، وهو قول ابن نافع أرى أن يجاز عليه ما فعله من البيع وغيره، وهو مذهب الشافعى وأبي حنيفة.

والثالث: أنه يلزمه الأفعال ولا تلزمه الأقوال فيقتل بمن قتل، ويحد فى الزنا والسرقة، ولا يحد فى القذف، ولا يلزمه طلاق ولا عتق، وهو قول الليث بن سعد.

والرابع: أنه يلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود، ولا يلزمه الإقرارات والعقود، وهو مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وعامة أصحابه وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب لأن ما لا يتعلق لله به حق من الإقرارات والعقود إذا لم تلزم الصبى والسفيه لنقصان عقولهما فأحرى أن لا يلزم ذلك السكران لنقصان عقله بالسكر، وما سوى ذلك مما يتعلق به لله حق يلزمه، ولا يسقط عنه بالسكر قياساً على ما أجمعوا عليه من أن العبادات التى هى حق لله من الصوم والصلاة وأشباههما تلزمه، ولا تسقط عنه بالسكر، وهو قول مالك -رضى الله تعالى عنه- فى نكاح السكران ولا أراه جائزاً عليه، وليس معناه أنه عقد فاسد، وإنما معناه أنه غير لازم، قال: واختلف إذا قالت البينة أنها رأت منه اختلاطاً ولم تثبت الشهادة بسكره على قولين: أحدهما وهو المشهور: أنه يحلف ولا يلزمه نكاح ولا غيره، ومثل المريض يطلق ثم يدعى أنه لم يكن يفعل على ما فى «سماع ابن القاسم» من «كتاب طلاق السنة»، والثانية: أنه لا يصدق ولا يمكن من اليمين، ويلزمه النكاح وغيره، وهو دليل رواية أشهب، وطلاق المنكرة لا يلزم عند مالك كان الإكراه على إيقاعه أو على الإقرار به أو على اليمين به سواء لا يلزمه شيء من ذلك، وكذلك إن كان على فعل حنث به فى الطلاق، وقيل: يلزمه فى ذلك، وإنما الإكراه فى القول دون الفعل، ويكون الإكراه بالتخويف بما يؤلم البدن من القتل والضرب والصفع لذى المروءة وغير ذلك،

وسواء كان من السلطان أو غيره، وكذلك إن كان التخويف بقتل ولد، فإن كان بقتل أجنبى فقولان، وفى التخويف بالمال ثلاثة أقوال:

أحدها: بأن ذلك يكون له إكراها. والثاني: أن ذلك ليس بإكراه. والثالث: الفرق بين أن يكون المال كثيراً فيكون إكراهاً أو يكون يسيراً فلا يعد ذلك إكراها.

ويلزم الحالف بالأيمان اللازمة إذا لم يكن له نية عتق من يملك حين الحنث والمشى إلى بيت الله تعالى والصدقة بثلث ماله، وكفارة يمين إطعام عشرة مساكين، وكفارة ظهار وصوم سنة إن كان معتاداً لليمين بها وطلاق نسائه، واختلف فيما يلزمه من الطلاق، فقيل: يلزمه فيها طلقة واحدة رجعية، وهو قول أبي عمران الفاسي، وأبي الحسن القابسي، وأبى بكر بن عبد الرحمن وأبي القاسم بن الكاتب، وجل فقهاء القيروان. قال ابن محرز: وهو الذى أستحسنه وكان يذهب إليه غير واحد من علمائنا المتأخرين، وقال به أيضاً فقهاء طليطلة قال ابن مغيث فى «وثائقه»: وهو الذى أختاره وأقول به إلزامه الواحدة، وبه قال أيضاً الحافظ أبو عمر بن عبد البر، والقاضى أبو بكر بن العربى وغيرهما من المتأخرين بالأندلس، وقيل: يلزمه طلاق الثلاث، وهو قول محمد بن أبي زيد وابن رافع رأسه، وجماعة من فقهاء القيروان، وإلى ذلك ذهب جل فقهاء الأندلس، وبه كان يفتى ابن عتاب وابن مالك ومن تقدمهم من فقهاء قرطبة، وهو مذهب أبي الوليد الباجى، وهو الأظهر عندى على مذهب مالك –رضى الله تعالى عنه.

قال ابن رشد: ويجب أن يلزم الحالف اليوم بها الثلاث لأن أكثر الناس اليوم يحلفون بالطلاق الثلاث، وإنما يقصد بالأيمان اللازمة التغليظ والتشديد، وقد قاربت الفتوى اليوم بها الخروج من الخلاف المتقدم وإلزام الحالف بها الثلاث، وسئل عنها أبو عمران الفاسي، فقال: الذى أراه أن الواحدة عليه بلاشك، وأحب إلى أن يلزم نفسه الثلاث، وقد قيل: إنه لا شيء فيها سوى الاستغفار، وهو قول أبي بكر الأبهري، وحكى أيضاً عن أبى عمر بن عبد البر، وقيل: الذى يجب فيها كفارة يمين إطعام عشرة مساكين حكى ذلك عن الشافعي وجماعة من المتأخرين، وقيل: يلزمه فيها طلقة واحدة بائنة، وهو قول أبي عمر بن عبد الملك الإشبيلي، والقول بطلاق الثلاث وطلاق السنة هو أحسن الأقوال، وأشبه بطريق العلم، ولكل واحد منها وجه من النظر والقياس، وأما إن كانت له نية فله نيته باتفاق إذ هى من الكنايات. قال بعض المتأخرين: فإن جرى بها عرف فى بلد من البلاد كان العمل فيها بحسب العرف عند الإطلاق أو عند دعوى النية المخالفة للعرف، قال: وقد أفتى بعضهم فيها بفتوى غريبة، وهيَ إن كان الحالف بها من أهل العفاف والصلاح ولم يعتد الحلف بها وإنما خرجت منه على ضجر فتلزمه الواحدة، وإن كان من أهل الذعارة والشر وممن يلزمه الثلاث، ولا وجه لذلك عندي.

وقال القاضي أبو عبد الله بن الحاج فى «مسائله»: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إلى يوم القيامة فينبغى أن يكون الجواب فيها مثل قوله: أنتْ طالق أبداً فقد يستدل من ظاهر «المدونة» على أنها ثلاث، وقد يستدل منها على أنها واحدة، وسئل -رحمه الله تعالى- عن رجل التزم لزوجة فى صداقها أن زوجه فلانة التى

طلقها لا تحل له أبداً لا قبل زوج ولا بعده مدة حياته فطلق هذه ثم أراد مراجعة المحلوف عليها، فقال: يستفاد شهود صداق فلعل عندهم ما يستدل به على ما تقوم الفتوى به، فإن لم يجد عندهم جلاء فيحتمل أن تحرم عليه كمن قال: أمرها بيدها، فقال الزوج: أردت واحدة، وقالت المرأة: بل هى ثلاث، ويحتمل أن يحلف الزوج ما أراد تحريمها تحريماً مؤبداً، وإنما أراد تطييب نفسها بذلك، ويسقط الشروط، وأفتى أصبغ وغيره أنه يجوز له تزويجها، وأن قوله ذلك كذبة منه، وبطريق أن تمنعه من نكاح الأولى فلا يصح له، وقال -رحمه الله تعالى- إذا جاء الرجل إلى العاقد فقال له: اكتب لى مبارأة بالثلاث أو بواحدة فكتبها ثم أمسكها الآمر عند نفسه وأبى أن يلزم نفسه شيئاً من الطلاق الذى كتب لها إن كان أمر العاقد بذلك، وهو مجمع على الطلاق الذى أمر بكتبه لزمه وإلا لم يلزمه، وأقصى ما عليه أن يحلف أنه ما كان عازماً على الطلاق حين أمر بكتبه لأن له أن يقول: إنما أردت بكتبها لأشاور نفسى كما يقول فى الكتاب ولو قال قائل: إن أمره بكتب المبارأة خلاف الكتب لكان زوجها لأن المبارأة قد ينضاف إليها الطلاق، وكذلك قوله للعاقد: أكتب لى، ومسألة الكتب لم يزد على الكتاب، وأما الطلاق الخلعى فيكتب فيه عقد: اختلعت فلانة لزوجها بكالئها المكلئ لها عليه فى كتاب صداقها وغير ذلك من الحقوق المترتبة لها عليه قديماً وحديثاً وخراج عدتها منه ولو طالت وبما ساقه لها فى كتاب صداقها من أصل ملك، وصرفت ذلك إلى ملكه وإعادته إلى يده ولم يبق لها فيه حق، وبمؤنة حمل إن كان بها منه، وأسقطت عنه ما يجب عليه بسبب الحمل من نفقة وكسوة وغير ذلك، والتزمت إرضاعه بعد وضعه إلى فطامه ومؤنته كلها إلى انقضاء

حولى الرضاع طائعة بذلك كله متبرعة من غير إكراه ولا ضرر وقبل ذلك منها وطلقها عليه طلقة واحدة بعد البناء بسنة طلاق الخلع وحكمه، وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

**بيان:** الخلع والمبارأة والافتداء معناها واحد، وقال ابن فتحون: روى ابن وهب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أن المبارأة هى التى تطلق قبل الدخول على أن لا تبعة لها قبل زوجها، والمختلعة هى التى تختلع بجميع حقوقها والمفتدية هى التى تعطى البعض، قال: فمن أوقع هذه الألفاظ بعضها مكان بعض لم يكن مخطئاً، وإيقاع كل لفظ منها فى موضعه أولى، والخلع طلقة واحدة بائنة، فإن أوقع طلاقاً على الخلع ولم يبين عدده فإنه يكون واحدة، وإن شرط أن تكون رجعية ففيها قولان، مشهورهما: أنها تكون بائنة، وكذلك إن طلقها طلقة رجعية على أن أسقطت عنه نفقتها طول عدتها فإنها تنفذ وتكون بائنة عن ابن القاسم فإن أوقع ثلاثاً على الخلع وأبت المرأة فإن الطلاق ينفذ ويسقط الخلع، وإذا أوقع هذا الطلاق والزوجة حائض أو نفساء فلا يجبر على الرجعة، وكذلك كل طلاق بائن، فإن كانت الزوجة محجورة لوالدها فلا يجوز خلعها إلا بإذن أبيها.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** اختلعت فلانة بنت فلان بإذن والدها لزوجها فلان وتبنى على ما تقدم **ثم تقول فى آخر العقد:** وأمضى ذلك والدها لما رآه لها فى ذلك من النظر والغبطة والحيطة عليها، وتضمن الإشهاد على الزوجين والأب

ولا يجوز للأب أن يمضى الخلع عليها دون إذنها وإن كانت فى ولايته إذا كانت ثيباً على المشهور، فإن كانت بكراً فله ذلك.

**ويكتب فى ذلك عقد:** طلق فلان زوجه فلانة قبل البناء بها طلقة واحدة على أن أسقط عنه والدها إذ هى بكر فى حجره وولايته النصف الواجب لها عليه من صداقها المسمى فى كتاب زوجيتهما، وصرف مكان قبضه لها منه ودفعه له فقبضه من الزوج وقبل ذلك منه، وعليه أوقع الطلاق وشهد بما فيه عنهما فى كذا، وكذلك كل من يملك الإجبار فى النكاح كالسيد فى الأمة وغيره يجوز له إسقاط ذلك قبل الدخول لقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وليس ذلك لوصى الأب ولا لغيره من الأولياء على رواية ابن القاسم عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وروى ابن نافع إجازة ذلك إذا كان فعله على وجه النظر، وقال أصبغ: إن كان ذلك بأقل من نصف الصداق فذلك جائز للوصى فعله فى البكر والمعمول به، ما رواه ابن القاسم عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فإن كانت المختلعة قبل البناء فى ولاية وصى **فيكتب فيها ما تقدم ثم تقول فى آخر العقد ما نصه:** وأمضى ما ذكر الوصى بإذنها لما رآه لها فيه من النظر والحيطة عليها، وتضمن الشهادة على الزوجين والوصى ومعرفة الإيصاء وخلعها جائز بإذن وصيها سواء من قبل الأب أو من قبل القاضى إذا كان على وجه النظر على ما جرى به العمل وروى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أن ذلك لا يجوز، فإن كانت صغيرة دون بلوغ زوجها أبوها ثم مات وقد أوصى بها فلا يجوز خلعها، وإن أمضى ذلك عليها وصيها، ولا يسوغ لوصيها فعل ذلك على رواية ابن القاسم عن مالك -رضى الله تعالى عنه- كالبكر،

وهو المشهور الذى جرى به العمل، وقيل: يجوز ذلك إذا كان نظراً لها كما تقدم، فإن لم يكن لها أب ولا وصى من قبل أب أو سلطان، فذهب ابن القاسم أن ذلك جائز عليها إذا كان ما صالحته به صلح مثلها كان ذلك قبل البلوغ أو بعده وهو قول سحنون، وبه القضاء. وقال أصبغ: لا يجوز ذلك عليها، وقد ذكر ابن سعدون فى «شرحه» لرزمة النكاح من «المدونة» أن الزوج إذا اشترط فى هذه اليتيمة التى لا وصي عليها أنه إن لم يصح له الخلع على ما وقع فالعصمة باقية غير منفصلة أن شرطه ينفعه، ومتى طلب منه ما أخذ كانت زوجة له كما كانت، وإن كان الزوج فى ولاية، فإما إن يكون كبيراً أو صغيراً دون بلوغ، فإن كان كبيراً فخلعه جائز، وإن كان بغير إذن وليه لأن الطلاق بيده ويلزمه إذا أوقعه وتعقد فيه مثل ما تقدم، ويذكر فى العقد موافقة الوصى أو الأب إن حضر على الخلع، وتضمن الشهادة على الجميع، ولا يجوز خلع الأب أو الوصى عليه بغير إذنه على المشهور، وقيل: يجوز مثل ما تقدم فى النكاح إن كان صغيراً فيجوز خلع الأب أو الوصى عليه بشيء يأخذانه له دون أمره، ولا يجوز على غير ذلك.

**ويكتب فى ذلك عقد:** خالع فلان على ابنه فلان الصغير فى حجره أو على محجوره فلان الكائن فى حجره بعهد الأب زوجه فلانة بأن أسقطت عنه كالئها قبله، وغير ذلك من الحقوق المترتبة لها عليه، وطلقها على ذلك طلقة واحدة بعد البناء بسنة طلاق الخلع وحكمة، وأمضى ذلك الوالد على ابنه لما رأى فى ذلك من النظر والسداد، وشهد على الأب والزوجة بما فيه عنهما فى كذا، ولا يجوز طلاق الصغير ولا خلعه ولا طلاق الأب والوصى إلا بشيء يأخذانه له بلا

اختلاف، فإن التزمت المرأة نفقة ولدها بعد الحولين وتمام الرضاع فذلك غير لازم لها عند مالك -رضى الله تعالى عنه- وابن القاسم، ولا جائز للغرر الظاهر فيه، وقال المخزومى وابن الماجشون وأشهب وابن نافع: يجوز ذلك بعد الحولين، وإن كان ذلك غرراً إذ الخلع بالغرر جائز، واختار ذلك المتأخرون، وبذلك جرى العمل والقضاء.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** وأسقطت عنه مؤنة حمل إن كان بها وما يجب عليها عليه بسببه من نفقة وكسوة، والتزمت إرضاعه بعد وضعه دون شيء يلزم الزوج فى ذلك، وإجراء النفقة والكسوة والمؤن كلها عليه من مالها إلى سقوط ذلك عن والده شرعاً، وقبل ذلك منها، وتبنى على ما تقدم، فإن مات الولد فلا شيء للأب على الزوجة لأنه من مؤنه وقيل: للأب أن يرجع عليها، والقول الأول هو المشهور وبه القضاء، وكذلك إن ارتجعها فإنها يسقط عنها ما تحملت من النفقة، وترجع على الأب ولا تعود عليها إن طلقها ثانية إلا أن تتحملها، وإن ماتت الأم وقف من مالها بقدر ذلك، وأجرى فى نفقة الابن إلى أن يحتلم وللزوج محاصة غرماء المرأة بنفقة ابنه المشروط عليها فى الخلع، فإن عدمت فى خلال المدة فإن النفقة تعود على الأب ثم إن أيسرت رجعت النفقة عليها، وهل يتبعها الوالد بما أنفق على ابنه مدة عدمها أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يتبعها بذلك وهو المشهور، والذى جرى به القضاء، وحكى أصبغ أنه لا يتبعها بشيء، وإن اشترط فى عقد الخلع ثبوت النفقة بعد الوفاة كثبوته قبله جاز ذلك على قول مالك وغيره، وارتفع الضرر والخلاف فى ذلك.

قال ابن رشد: إذا صالحت المرأة على رضاع ولدها فدليل ما فى «المدونة» أنها ممنوعة من التزويج حتى تتم مدة الرضاع، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا التزمت الأم حضانة بنيها وتزوجت فسخ النكاح حتى يتم أمد الحضانة، قال بعضهم: يريد قبل البناء، وقال الأبهرى: شرطه باطل، ولا يجوز وتتزوج إن أحبت، والمعروف من قول مالك فى «المستخرجة»: أنها تتزوج، وإن شرط عليها فى عقد الخلع أن لا تتزوج مدة الرضاع، وقال ابن نافع: لا أرى أن تنكح فى الحولين إذا اشترط ذلك عليها، قال ابن رشد: وقد قال مالك فى «كتاب ابن المواز»: ذلك يلزمها إذا اشترط ذلك عليها ولا تنكح حتى تفطم مثل قول ابن نافع، وسيأتى على ما فى «المدونة» فى المرأة إذا أجرت نفسها ظئراً فليس لها أن تتزوج أنه ليس لهذه المختلعة أن تتزوج فى الحولين، وإن لم يشترط ذلك عليها، وفى «سماع عيسى»: أنه إن كان يضر بالصبى منعت، وإن كان لا يضر بالصبى لم تمنع من التزوج قول رابع فى المسألة قال: وأما اشتراطه عليها أن لا تتزوج بعد الحولين مدة قريبة أو بعيدة فلا اختلاف فى أن ذلك لا يلزمها وإن كان ذلك فى عقد الصلح كما لا يلزم ذلك الزوج إن شرطت ذلك عليه، وإن ولدت توأمين فعليها إرضاعهما ولا عذر لها فى ذلك أنها لا تقدر على إرضاعهما، وإن انقطع لبنها فعليها أن تسترضع غيرها، وإن لم يكن لها شيء وأعطاها الزوج ما تتقوى به على ذلك فله اتباعها به.

**ويكتب فى عدمها عقد:** يعرف شهوده فلانة ويعلمونها فقيرة عديمة لا يعلمون لها مالاً ظاهراً ولا باطناً، ولا ما تنفق منه على نفسها، وعلى ابنها فلان الصغير وحالها متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت عدمها فإن الوالد ينفق على ابنه ويرجع عليها بما أنفق على المشهور، فإن كانت حاملاً ففى «مسائل القاضى أبى الوليد بن رشد»: سئل فى رجل اختلعت له امرأته وأسقطت له مؤنة حمل إلى فطامه ثم أثبتت أنها عديمة أيلزم الزوج النفقة على الحمل أم لا يلزمه حتى تضع؟ وكيف إن كانت قد أشهدت على نفسها أنها موفورة الحال وأنها متى أثبتت أنها عديمة فذلك باطل؟ فأجاب: إذا ثبت عدمها لزم الزوج الإنفاق عليها، ويتبعها بما أنفق إذا أيسرت، وإن كانت قد أشهدت بالوفر كما ذكر فلا تنتفع بما يشهد لها من العدم حتى يشهدوا بمعرفة ذهاب مالها ووفر حالها الذى أقرت به، فإن عقد الخلع على اليتيمة أو غيرها ولى أو أجنبى فلها الرجوع على زوجها، والطلاق ماض، وهل يرجع الزوج على الذى عقد معه الخلع إذا لم يضمن ذلك أم لا؟ فى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يرجع عليه، وإن لم يكن ضمن له لأنه هو الذى أدخله فى الطلاق وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك فى كتاب الصلح من «المدونة»، وقول أصبغ فى «الواضحة» و «العتبية»، والثاني: أنه لا رجوع له عليه إلا أن يلتزم له الضمان، وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فى كتاب إرخاء الستور من «المدونة»، وقول ابن حبيب أيضاً، والثالث: أنه إن كان أبا أو ابنا أو أخاً أو من له قرابة للزوجة فهو ضامن وإلا فلا وهو قول ابن دينار، وإن عقدته المرأة وضمن للزوج وليها أو غيره ما يلحقه من درك فى الخلع ثم ظهر ما يسقط التزامها من ثبوت ضرر أو عدم أو غير ذلك ففى ذلك قولان:

أحدهما: أن الضامن من يغرم للزوج ما التزمه.

والثاني: أنه لا شيء عليه، وكذلك فى البيع الفاسد، فإن تفاصل الزوجان فتكتب بعد قولك وطلقها واحدة بسنة طلاق الخلع وحكمه ما نصه: وتفرقا على تبرئة الذمم وتفاصلا فى أسباب الزوجية وغيرها وتساقطا الدعاوى كلها والأيمان وبينات السر والإعلان والاسترعاءات، والاسترعاء فيها ما تكرر وتناهي، فمتى قام أحدهما يطلب الآخر بمطلب حق متقدم على هذا فهو باطل، وإن لم يكن فى المفاصلة إسقاط البينة وقام أحدهما على الآخر بحق ثابت قبل تاريخ المفاصلة فإنه يأخذ صاحبه به، ولا يضره الإشهاد بأنه لم يبق له على صاحبه دعوى ولا يمين لأنهما لم يقصد إلى إسقاط البينة، قاله ابن عتاب فى الثانى من ابن سهل فى دعوى شركة فى زرع، وإذا اختلف الزوجان فى المتاع فما كان من متاع الرجل فللرجل مع يمينه إلا أن تقوم للمرأة بينة على اكتسابه أو حيازته، وما كان متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها إلا أن تقوم للرجل بينة كذلك، وما كان مما يكون للرجال والنساء فهو للرجل مع يمينه لأن البيت بيته ويده أقوى، وهذا هو مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وبه القضاء، وقيل: القول قول الرجل فى جميع ذلك، وقيل: يقسم بينهما كل ما اختلف فيه، وروى عن سحنون أنه قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة بلا يمين، وما كان من متاع الرجال فهو للرجل بلا يمين، وحكى ذلك عن ابن القاسم، قال ابن رشد: إنما معنى ذلك إذا كان التداعى بين الورثة من غير تحقيق للدعوى فى المدعى فيه فإنها تكون إذ ذاك يمين تهمة وفى يمين التهمة قولان مشهوران، ويرجع فى ذلك كله إلى العرف والعادة، وكان ابن وضاح يجعل الخزى كله للرجل، وفى «كتاب

الاستغناء»، قال المشاور: إن علمت الزوجة فقيرة فلا يكون القول قولها إلا فى قدر صداقها ولابن جماهر الطليطلى أن الدجاج يحكم بها للرجل مع يمينه إذا ادعاها، وفى «المدونة» سئل مالك -رضى الله تعالى عنه- عن النسج تنسجه المرأة فيدعى الزوج أن الشقة له، قال: على المرأة البينة أن الكتان والغزل كان لها، وقال عيسى عن ابن القاسم: إن النسج للمرأة، وعلى الرجل البينة أن الكتان والغزل كان له فإن أقام البينة كانت شريكته فيه هى بقيمة نسجها وهو بقيمة كتانه وغزله، وما غزلته المرأة كانا شريكين فيه كذلك، قال بعضهم: بعد أن تحلف المرأة أنها غزلته له، وإذا خرجت الزوجة مع زوجها للقط السنبل وكان يحصد بالأجرة ثم تشاحا، فإن نقص من أجرته شيء بسبب لقطها معه رجع به عليها وكان ما التقطت لها.

## فصل

فإن ادعت أن الخلع وقع عن إضرار بها فلها الرجوع فيما اختلعت به وأسقطته إذا ثبت ذلك، وإن وقع فى عقد الخلع أن ذلك كان دون إكراه ولا إضرار وأنها أسقطت البينة المسترعاة وغيرها فلا يضرها ذلك إذا ثبت الضرر، فإن ادعت ذلك وقال الزوج: إن ذلك، كان عن اختيارها ورضاها ولم تكن لها بينة وذهبت إلى إحلافه فلا يكون على الزوج يمين إلا بشبهة كالشاهد العدل، قاله ابن الهندي، ويثبت الضرر بوجهين بالشهادة القاطعة، وبالسماع المستفيض. **ويكتب فى الوجه الأول بأسفل وثيقة الخلع عقد**: يعرف شهوده فلاناً وفلانة الزوجين المذكورين فى كتاب الصداق المقيد هذا بين أسطره بالعين والاسم

معرفة تامة، ويعلمون أن فلانا لم يزل يضر بزوجه المذكورة فى نفسها بالخبط والإذاية من غير ذنب تستوجب به ذلك، وأنه لم يزل يضر بها فى مالها الضرر البين، ولا يعلمونه أقلع عن ذلك إلى أن وقع بينهما الطلاق والخلع المفيد بكذا؛ وذلك بسبب الضرر المذكور، وقيدوا على ذلك شهادتهم، قال ابن القاسم: وفى الشهادة القاطعة فى ذلك بعض المغمز لأنه مما لا يقطع به، وقال أصبغ: وذلك جائز إذا شهد به الشهود وقطعوا به ويثبت أيضاً بشهادة السماع الفاشى المستفيض على ألسنة اللفيف من النساء والخدم والجيران.

**ويكتب فى ذلك:** على عقد يعرف شهوده فلاناً وفلانة معرفة تامة، ويعلمون بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة اللفيف من النساء والجيران وغيرهم أن فلاناً الزوج المذكور لم يزل يضر بزوجه المذكورة فى نفسها ومالها ويسيىء عشرتها، ويتكرر ذلك لها منه المرة بعد المرة من غير سبب تستوجب به ذلك، ولا يعلمون أنه رجع عن ذلك بوجه إلى أن اختلعت له الخلع المقيد بكذا، وقيدوا بذلك شهادتهم فى كذا، قال ابن فتحون: فإذا ثبت الضرر حلفت أن خلعها لم يكن إلا بالإضرار.

**يكتب فى ذلك عقد:** حلفت بإذن القاضى فلان فلانة بحيث يجب وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد أضرنى زوجى فلان الضرر المسمى فى عقد كذا، وما كان إسقاطى لما أسقطت عنه فى رسم الخلع المقيد بكذا إلا لإضراره بى وإساءته إلى، وما كان ذلك عن طيب نفس منى ولا رضا به، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالفة قيد على ذلك

شهادته فى كذا، وهذه اليمين ذكرها ابن فتحون فى كتابه، وهى على مذهب «المدونة» ونص عليها ابن بطال فى «مقنعه» وابن بشير فى «مسائله»، وهى من قول أصبغ فى «سماعه»، ولابن القاسم فى سماع أصبغ من كتاب الشهادات نفى اليمين وعدم وجوبها، وإن كان الضرر يثبت بالسماع، وفى «الوثائق المجموعة»: لا يمين عليها إلا أن يدعى الزوج عليها ما يوجب اليمين فإن ادعى الزوج عليها ما يوجب اليمين فإن ادعى عليها شيئاً يرى له وجه مثل أن يقول: قد أمكنتنى من نفسها بعد ذلك وشبهه، حلفت الزوجة على ذلك فإن استرعت المرأة فى الضرر قبل وقوع الخلع وأشهدت بذلك فلا يمين عليها باتفاق.

**ويكتب فى ذلك عقد:** أشهدت فلانة على نفسها إشهاد استرعاء واستحفاظ للشهادة أنها متى اختلعت لزوجها فلان بشيء مما لها عليه أو أسقطت عنه حقاً من حقوقها أو التزمت له نفقة على أحد بنيها منه فليس ذلك عن طيب نفس منها، وإنما هو لإضراره بها وإساءته إليها وتعديه عليها ولرغبتها فى الخلاص منه، وأنها متى تخلصت منه فهى مرتجعة فيما تسقطه وغير ملتزمة بما تلتزمه من ذلك ولا راضية به إلا للوجه المذكور من الضرر بها وشهد على إشهادها بذلك فى كذا، ولا فائدة لهذا الاسترعاء إلا سقوط اليمين عنها، وقد ذكر بعض المتأخرين أن الضرر لا يثبت حتى يقطع الشهود على معرفته والمعلوم ما تقدم، ويثبت أيضاً بالشاهد واليمين على مذهب من يحكم بالشاهد واليمين فتحلف مع شاهدها ويصرف عليها ما أسقطت لأنه حكم فى مال، والطلاق ماضٍ على كل حال، ويثبت أيضاً بصالحات الجيران والخدم واللواتى يدخلن عليها، قال ابن الهندى فى «مقالات ابن مغيث»: وإن شهد به شاهد على القطع، وشهد معه

بالسماع نفذ ذلك أيضاً، ويجزئ فى شهادة السماع فى ذلك شاهدان عدلان، قاله ابن القاسم، والشهود الكثيرة أحب إليه فإن لم يكن غيرهما نفذ، فإن كان الزوج قد ضمن له أحد التبعة على المرأة فيما اختلعت ثم ثبت الضرر اختلفت فى ذلك شيوخ القيروان، وفى ذلك قولان:

أحدها: أن للزوج الرجوع عليه، قاله ابن العطار فى «وثائقه»، وغلطه بعضهم فى ذلك.

والثاني: أنه لا شيء على الضامن ولا على المرأة، وهو مذهب ابن القاسم إذا ثبت أنه كان يضر بها لفساد الأصل وسواء علم الضامن بالضرر أو لم يعلم على مذهب ابن القاسم لا شيء عليه، وإذا ثبت الضرر للزوجة وهى فى عصمة زوجها الوجوه المذكورة، ولم يكن لها شرط فى صداقها فهل لها أن تطلق نفسها كما تفعل إذا كان لها شرط أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أن لها ذلك فتطلق نفسها.

والثاني: أنها ليس لها أن تطلق نفسها إذا لم يكن لها شرط حتى تشهد بتكرار الضرر، فإذا شهد بذلك فوجب للسلطان النظر لأن تطلق عليه، ويجوز للشهود أن يشهدوا بمعرفة الضرر دون معاينة ولا مشاهدة إلا بالاستفاضة من قول النساء وغيرهن، ويقضى بالشاهدة، ويكون لها الأخذ بشرطها، قال ابن حارث: وليس الضرر وإن صح إقامة البينة عليه ولا آثاره الظاهرة بالذى يدل على الضرر، وللمالك أن يؤدب مملوكه كما للأب أن يؤدب ابنه، وكما للزوج أن يؤدب زوجته، وقد شج عبد الله بن عمر زوجته صفية، وكما للمعلم أن يؤدب

متعلمه، وكما للحكام المقدمين للنظر بين المسلمين أن يؤدبوا الظالم بضروب التأديب ومقادير الذنوب مختلفة، وكل من ولاه الله تعالى شيئاً من ذلك فهو مأمون عليه ومصدق فيه إلا أن يظهر تعديه فيضرب على يديه، وإن صح على المالك التعدى على مملوكه فى أدبه لم يبع عليه من أول مرة، وإنما يتقدم إليه بالزجر والكف، فإن تمادى على إضراره وصح ذلك فحينئذ يباع عليه، قال: إلا أن يكون المالك من أهل الشر والتعدى معروفاً بذلك مشهوراً كأهل العربدة والفسق الذين لا يرجعون عما يفعلونه، فإن ثبت حاله مع آثار الضرر المشاهدة بالمملوك وجب أن يباع عليه، ولا يكلف المملوك إثبات الضرر، قال ابن زرب: وقد كان بعض الشيوخ ببلدنا يفتى بأن تكرر المملوك بالشكية مما يوجب بيعه على مولاه، قال: وهذا إذا كان بجهول الحال، فإن كان من أهل الخير فلا يباع عليه إلا بثبوت الضرر؛ وسئل سحنون عن المرأة تشتكى أن زوجها يضربها وبها أثر ضرب ولا بينة لها على معاينة ضربها، فقال: إنما يسئل عنها جيرانها فإن قالوا إن مثله لا يترع عن ظلمها وإذائها أدبه وحبسه، قيل: فإن سمع الجيران الصياح منها ولم يحضروا ضربه إياها، فقال: لاشك فى هذا أنه يؤدب لأن هذه الآثار لو كانت من غيره لشكا هو ذلك، وأنكره؛ ذكر ذلك ابن فتحون، قال غيره: وروى سحنون أن المرأة تطلق على زوجها إذا صنع بها من المثلة مثل ما يعتق به المملوك على سيده، وإذا ترددت المرأة فى شكوى ضرر زوجها به أمر جيرانها يتفقدون أحوالها فإن لم يكن فى الجيران من تجوز شهادته أمر بالسكنى بها بين قوم صالحين، ولا يلزمه أن ينقلها من سكنى البادية إلى الحاضرة ولكن يأمره بإسكانها حيث يجاورها من يشهد لها، وكذلك إن كان فى طرف الحاضرة أمر

بالسكنى بها فى موضع يتبين فيه حالها وكذلك إذا شكت الوحدة والوحشة ولم تشك الضرر فعليه أن يضمها إلى موضع مؤنس إلا أن تكون عرفت ذلك ودخلت عليه فلا يلزمه نقلها فإن تبين الضرر للجيران من الزوج أدبه وزجره، وإن لم يتبين للجيران وأشكل الأمر كل الإشكال طال تردادهما فلا يلزمه السكنى بها فى دار أمين على الأشهر، وأنكر ابن لبابة الأمينة، وقال: لا يقضى بذلك إلا أن يتفق الزوجان عليها، وقال غيره: يقضى بذلك إذا أشكل الأمر، وتكون نفقة الأمينة على الزوجين، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا ادعى الضرر من زوجته ودعا إلى دار أمين كان له ذلك بأى وجه ادعى، فإن لم يظهر شيء للأمين على قول من قاله بعث بينهما الحكمين، ينظر لهما السلطان عدلين فقيهين من أهلهما إن كانا وإلا فمن غيرهما، ويوجههما إليهما فيسألان كل واحد منهما عن حالهما وعما نقم من الآخر، ويستبطنان حالهما، ويدخلان عليهما المرتين والثلاثة ولا يكونان معهما ملازمين حتى يصلحا بينهما إن أمكنهما وإن لم يمكنهما فرقا بينهما على أى وجه رأياه من إسقاط أو غيره مما يجتمعان عليه، فإن اختلفا فليس بشيء حتى يجتمعا على الحكم وينفذ ذلك السلطان.

**ويكتب فى ذلك عقد:** حضر عند القاضى بمدينة كذا فلان وفقه الله تعالى فلان وفلانة، وذكر أنهما زوجان وشكا كل واحد منهما الضرر من صاحبه وطال تردادهما إليه وشكواهما فأمر جيرانهما بتفقد أحوالهما فلم يتبين حالهما فاقتضى نظره أن بعث بينهما فلاناً وفلاناً الأمينين بعد أن ثبت لديه زوجيتهما على أعيانهما فاستبطنا حالهما فلم يمكنهما بينهما الإصلاح، ففرقا بينهما بطلقة

بائنة على أن سقط عنه الكالئ أو على وجه كذا وأعلم الحكمان المذكور أن القاضي وفقه الله تعالى بما ظهر لهما وبما حكما به وثبت ما حكما به فأمضاه، وأنفذه بعد الإعذار فى ذلك إلى من يجب كما يجب، وشهد على القاضي بما فيه عنه من أشهده به بموضع نظره من كذا، وأشهد الزوجان بما فيه عنهما، وحضر إعلام الحكمين للقاضي بما حكما به من ذلك ووعاه منهما وقيد على ذلك شهادته فى كذا، قال ابن رشد: ولا إعذار فى حكم الحكمين لأنهما لم يحكما بشهادة قاطعة ولا يقوم على الزوج بالضرر أب ولا وصى ولا غيرهما إلا بتقديم المرأة على ذلك لأن لها الرضا بذلك.

## فصل

فإن ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها أو حلف يمينا بالطلاق وحنث فيها وأنكر هو ذلك فلا يمين عليه، فإن زعمت أن لها بينة، فقال القاضي ابن رشد: يوقف عنها يوماً أو يومين، وقال الباجي وغيره: ثمانية أيام، فإن لم تثبت شيئاً ردها عليه، وإن أقامت شاهداً واحداً عدلا وجبت عليه اليمين، فإن حلف ردت عليه، وإن نكل عن اليمين، فقيل:تطلق عليه، وقيل يحبس عاماً فإن حلف وإلا أطلق ودين، وبهذه الرواية القضاء، وقيل: يحبس أبدا حتى يحلف، وتؤمر إذا ردت إليه بأن لا تتزين ولا تتطيب ولا يأتيها إلا وهى كارهة.

ويكتب فى **ذلك عقد:** حضر عند القاضي فلان -وفقه الله- فلان وفلانة وزعما أنهما زوجان وزعمت المرأة أن زوجها المذكور طلقها طلقة واحدة أو

أنه حلف بالطلاق وحنث فيه، وأنكر هو ذلك فأتته بفلان فشهد عنده بما زعمته المرأة من الطلاق، وتمادى الرجل على إنكاره، فأعذر إليه فى شهادة الشاهد فلم يكن عنده فيه مدفع فوجبت عليه اليمين فحلف بحيث يجب، وكما يجب أنه ما طلق زوجته وأنها فى عصمته واقتضت الزوجة يمينه على ذلك كما يجب، وثبت ذلك كله عند القاضى وزوجيتها على أعيانهما فنظر فى ذلك نظراً وجب أن يدينه ويخلى بينه وبينها بعد الإعذار فى ذلك كله إلى من يجب بما وجب أن يعذر به فلم يكن عند من أعذر إليه فى ذلك مقال ولا مدفع، وأمرها أن لا يأتيها إلا وهى كارهة، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا. قال ابن فتحون: وشهادة المرأتين فى ذلك تقوم مقام الشاهد العدل وفى «مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج»: سئل فى امرأة أقرت حال طلاقها أن زوجها كان قد طلقها طلقتين ثم أكذبت نفسها، فقال: إذا كان إقرارها بذلك فى العصمة فلهما أن يتراجعا بعد يمين المرأة أن ذلك الإقرار منها إنما كان لأمر تذكره من إساءة إليها منه أو بغض مسها فيه، وما أشبه ذلك مما يظهر به أمرها فى إقرارها، فإن نكلت عن اليمين لم يصح بينهما مراجعة لأنها قد كملت لها الثلاثة بإقرارها، ولو كان إقرارها بعد تصرم العصمة لما كان له أن يراجعها، ولما صح أن يمكن فى ذلك من اليمين بوجه، وذلك ينبغى أن يكون الحكم.

طلاق المريض نافذ وترثه المرأة إن مات من مرضه ذلك، وإن كان الطلاق بائناً أو كانت يميناً فى الصحة حنث بها فى المرض أو أوقعته المرأة بتمليك أو تخيير أو غير ذلك، فإن كانت هى مريضة فلا يرثها وحاضر الزحف حكمه

حكم المريض، وفى راكب البحر روايتان، فإن كان المرض مزمناً مثل الجذام والجزر ونحو ذلك فهو على الجواز لتصرفه بعلته وقلة الخوف عليه.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** إلا أن المطلق بجذوم أو مريض مرض زمانة متصرف فى أموره جائز الفعل فإن بلغت حالة مبلغ الإجضاع والخوف عليه فحكمه حكم المريض، وفى «مسائل ابن الحاج» فى رجل طلق امرأته وتضمن العقد أنه طلقها فى صحة فلما توفى أثبتت المرأة عقداً آخر أن الطلاق كان فى حال المرض متصلاً بوفاته، وثبت فى العقد الأول بشهود كثيرة أنه كان يتصرف راكباً أو ماشياً فأفتى بإعمال عقد الصحة إذا لم يكن للمرأة فيه مدفع، قال: وبذلك أفتى الفقهاء بقرطبة.

## الرجعة

**يكتب فى الرجعة من الطلاق الرجعى عقد:** ارتجع فلان زوجة فلانة من طلقة واحدة رجعية أوقعها عليها فى تاريخ كذا دون مؤامرتها بما وجب له من ذلك إذ لم تنقض عدتها، وأشهد بذلك من عرفه فى كذا، وإن كان فى العدة طول من مرض أو رضاع أو حمل أو غير ذلك فتكتب بعد قولك: دون مؤامرتها **ما نصه:** بما أوجب له من ذلك إذا لم تنقض عدتها لاستحاضتها أو لتمادى حملها أو لارتباطها من انقطاع حيضتها وبمحضرها وتصديقها إياه على ذلك، وشهد بذلك عليها فى كذا.

**بيان**: لا يحتاج فى هذه الرجعة إلى ولى ولا صداق ولا رضا من المرتجعة ما دامت العدة، فإن صدقته فى بقاء عدتها نفذ ذلك، وإن أكذبته فى الفور وادعت انقضاء عدتها بالحيض فإنها تصدق فيما يصدق النساء فى ذلك من المدة، واختلف فى ذلك فقيل: خمسة وأربعون يوماً، وقيل أربعون يوماً، وقيل: شهر وهو ضعيف، وإن ادعت انقضاء عدتها بسقط قبل قولها، وإن كان بعد الطلاق بيوم ولا يمين فيه عليها ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها وهى مصدقة فى ذلك ومأمونة عليه فإن سكتت بعد الارتجاع ثم قامت بعد ذلك لم تصدق عليه، وتصح هذه الرجعة بالقول والفعل مع النية، ولا تصح بمجرد النية، ويستحب له الإشهاد، فإن أغفل الإشهاد حتى انقضت العدة لم يقبل قوله أنه ارتجعها فى العدة سواء صدقته أو كذبته إلا أن يثبت خلوته بها أو إقراره بذلك فى العدة.

**وتكتب فى الرجعة من الطلاق المملك عقد**: راجع فلان زوجه فلانة من طلقة مملكة أو خلعية أوقعها عليها بعد البناء منذ كذا على أن بذل لها كذا قبضه أو برسم الحلول راجعها إليه بإذنها ورضاها وتفويضها إليه ذلك والدها أو أخوها فلان، وهى ثيب حل للمراجعة عليها، وشهد على المتراجعين والولى بما فيه عنهم فى كذا.

**بيان**: لابد فى المراجعة من الطلاق البائن غير الرجعى من رضا الولى ورضا الزوجة، ومن الصداق وهو كالنكاح سواء لأنها إذا ملكت نفسها فقد صارت منه أجنبية إلا أنه يراجعها فى العدة لأنها عدته والماء ماؤه، فإن كانت مريضة أو حاملاً قد بلغت ستة أشهر فما زاد فلا يجوز عقد المراجعة عليها، وإن كان لها شرط فى أصل الصداق فهى باقية ولازمة له بهذه المراجعة، وإن لم ينص عليها فى

المراجعة، ولا يسقط ما بقى من ذلك الملك شيء حتى يطلقها بالثلاث، وليس لها إسقاطها عنه، وإن كان الزوج سفيها أو عبداً فلابد من إذن سيده فى المراجعة من الطلاق البائن، ولا يحتاجان لذلك إن كان الطلاق رجعياً ولهما الارتجاع دون إذن السيد والوصى إلا أن يكون المحجوز صغيراً فلا يراجع عنه إلا وليه، وإن كان قد بنى لأن بناءه لا يؤثر ووطئه لا يحل ولا يحصل، ويعقد فى مراجعته مثل ما يعقد فى المراجعة من الطلاق البائن.

## النفقات للمطلقات وغيرهن وما اتصل بذلك

لا نفقة للمطلقة على زوجها إلا أن يكون الطلاق رجعياً فتلزمه النفقة إلى تمام العدة، وأما الطلاق البائن والمملك فلا يلزم الزوج فيه نفقة الزوجة إلا أن تكون حاملاً فتكون عليه النفقة بسبب الحمل، ولا يحكم عليه بها قبل أن يتبين الحمل، فإذا تبين الحمل أدى نفقة ما مضى وما يأتي، قال ابن رشد: والحد الذى يتبين فيه الحمل هو تحرك الولد على المشهور فى المذهب.

**ويكتب فى ذلك عقد:** وقفت شهيدتاه من القوابل العارفات بأحوال النساء إلى بطن فلانة ولمستاه لمساً شافياً فتحققتا أن بها حملا ظاهراً قد تحرك وفشا، وقيد بذلك شهادتهما فى كذا.

**بيان:** وقد روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه لا يحكم بالنفقة للحامل حتى تضع الحمل فتعطى إذ ذاك نفقة ما تقدم مخافة أن يكون ريحا فينفش، والمشهور عنه ماتقدم، وعلى المشهور إذا انفش رجع عليها بما أخذته،

وقيل: لا يرجع عليها، وإن دفع النفقة لها تطوعاً ففى رجوعه بها أيضاً عليها، قولان، وإن مات الزوج انقطعت النفقة عليها، وقيل: لا تنقطع كالسكنى، وأما المتوفى عنها إذا كانت حاملاً فلا نفقة لها بوجه، وفى أم الولد قولان،

مشهورهما: لا نفقة لها وأقل مدة الحمل بإجماع من العلماء ستة أشهر، أي: أنه لا يتم بعد الوطء إلا فى ستة أشهر، فإن ولد لأقل من ذلك لم يلحق بالزوج، قال ابن القاسم: وقد يكون الشهر السادس منها من تسعة وعشرين يوماً، وأنكر أن يكون فى أكثر، قال ابن دينار: يلحق به وإن نقص ليلتان أو ثلاث قدر ما بين الأهلة، قال القاضى أبو الفضل عياض فى «التنبيهات»: وقد وقعت قديماً بفاس امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوماً فاختلف فيها الفقهاء، والصواب أن لا يلحق هنا إذ لا يصح توالى ستة أشهر نقص، وبه أفتى من فقهائنا أحمد بن القاضى ومحمد بن العجوز وعبد الله بن المسلي، وخالفهم أبو على القيسي، وقد تعرض عوارض فيقعد الولد إلى اثنى عشر شهراً وأكثر، واختلف العلماء فى أكثر مدة الحمل، فقيل: سنتان وهو قول أبي حنيفة، وقيل: أربعة وهو قول ابن القاسم ومشهور قول الشافعية، وقيل: سبعة أعوام وهو مروى أيضاً عن الشافعية والمالكية، وقال مالك -رضى الله تعالى عنه- خمسة أعوام، وبه القضاء والحكم عند المالكية، وقال القاضى أبو محمد عبد الوهاب: المشهور فى أكثر مدة الحمل أربعة أعوام، وقال الزهري: ست سنين وسبع سنين، فإذا ولدت بعد مدة أكثر الحمل لم يلحق الولد بالزوج قلت الزيادة أو كثرت، وفى كتاب «النفقات» لابن رشيق: كتبت إلى الفقيه أبي محمد بن دحون بقرطبة أسأله عن امرأة طلقها زوجها طلقة مباراة فادعت أنها حامل منه وثبت

الحمل فأنفق عليها أكثر من عام ولم تضع فوقفها عندَ الحاكم، فقالت: إن الجنين فى بطنى وهو فيه ميت، فكتب إلى محاوباً: إذا مات الجنين فى بطنها كما زعمت فقد انقطعت النفقة إذا كانت النفقة بسبب الجنين، وقال به أيضاً الفقيه أبو محمد بن الشقاق وزاد، قال: وانقضاء عدتها منه بالوضع، وإذا مضى لها ثلاثة أشهر، فقالت: إن عدتها لم تنقض وكانت متهمة حلفت سواء كانت فى ولاية أو فى غير ولاية، فإن الدعوى عليها فى بدنها، وتمادت فى عدتها إلى انقضاء السنة، وللزوج إحلافها فى كل ثلاثة أشهر فإذا انقضت السنة نظر إليها النساء فإن أحسسن ريبة حلفت أن عدتها لم تنقض، وتمادت فى السكنى إلى انقضاء خمسة أعوام فينقطع سكناها، وكذلك إذا لم يوجد بها ريبة عند انقضاء السنة انقطع سكناها، وتمادت فى عدتها وفى كتاب «الاستغناء»: إذا خاف الزوج أن تجحد المرأة الحيض لتمام العدة وكانت ممن يتهم فله أن يجعل معها امرأة صالحة ترقب ذلك منها وتتعرف أحوالها ويعمل عليها، ولابن سحنون من سؤال حبيب فيمن طلق امرأته فوجب لها المقام فى منزله فى العدة فتريد أن تكون معها أمها أو قريبة لها أو ختنتها فمنعها الزوج من ذلك فلها ذلك ولا تترك وحدها، قال فى «الاستغناء»: ليس لها أن تسكن معها أكثر من امرأة واحدة بخلاف المكترى فله أن يسكن معه من أراد لأنه يعطى الكراء على منافع الدار، قال غيره: وكذلك للزوج أن يسكن معها فى الدار امرأة صالحة إن كان له فى الدار متاع يخافها عليه، فإن لم يجد فعليه إخراج متاعه، وإن كان فى الدار فضل عن سكنى الزوجة فله أن يكريها لنفسه ما لم يضر بها، قال الأبهري: وله إن خافها على نفسها فى العدة أن يكترى لها أجيرة تكون معها إلى انقضائها، وللحامل

المطلقة طلاقاً مملكاً مع النفقة الكسوة كالرجعية، قال مالك -رضى الله تعالى عنه- وينظر إلى قدر ما بقى من مدة الحمل من حين الطلاق فيفرض لها قدر ذلك من الكسوة ثمنا وتعطاه دراهم، وإن كانت عليها كسوة حين طلقها بقيت عليها إلى الوضع، فإن لم يكن بها حمل وأراد أخذ الكسوة فإن كان مضى لابتياعه الكسوة ثلاثة أشهر فما فوقها فليس له أخذها ولا شيء له فيها وإن كان أقل من ذلك فهي للرجل، وفى كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: الواجب أن يكون لها أخذ الكسوة كل حال كانت، وهو قول أكثرهم، وقول مالك -رضى الله تعالى عنه- وهذا استحسان فإن تنازعا فى الكسوة التى عليها وادعى الزوج أنها له، وقالت المرأة: إنها متاعها؛ فإن كانت من كسوة البذلة فالقول قوله مع يمينه، وإن لم تكن من كسوة البذلة فالقول قولها مع يمينها، وقال ابن دحون: القول قول المرأة على كل حال لأنها ما سكنها، وإن ادعى أنه كساها إياها بعد الطلاق فالقول قولها وهو المدعى فى ذلك، فإن كانت الحامل مرضعا فلها مع نفقة الحلم أجرة الرضاع على المشهور، ولها أيضاً السكنى حتى ذلك، وإذا سكنت الحاضنة داراً على القول بأن على المحضون حظه من الكراء، فإنما يطرح حظه من كراء البيت وحده لا من جميع الدار، ويكون أيضاً عليه إخدامه بعد تمام الرضاع إن كانت حالة تتسع لذلك، ولا خدمة للحامل المطلقة ولا للمرضع على زوجها، وإن كانت مخدمة قبل الطلاق، قاله ابن عتاب، وبه جرى العمل قال: إلا أن المرضع تزاد فى الأجر بسبب اشتغالها بالولد، قال ابن سهل: وفى كتاب إرخاء الستور من «المدونة» خلاف ذلك، وفرض النفقة على قدر

حال الزوج، وكذلك أجرة الإرضاع، فإن قال: إنه لا يقدر على أداء ما فرض عليه وذهب إلى إثبات حاله،

**فيكتب فى ذلك عقد:** يعرف شهود فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادى الإقلال مقدور عليه فى رزقه غير قادر على أداء ما فرض عليه لزوجه المذكورة فلانة بسبب الحمل الذى بها منه أو بسبب إرضاعها ابنه فلاناً لفقره وضعف حاله كما ذكر وحالته متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

**بيان:** فإذا ثبت ذلك وفرض عليه مقدار ما يتحمل فإن لم ترض الأم بذلك كان للأب أخذه، ويرضعه غيرها عنده إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر على إرضاعه بأجره مثلها، وفى كتاب «الاستغناء»، قال أحمد بن نصران: تصدق من يجرى النفقة على بعض ولده بجل ماله جاز ذلك إذا ترك لنفسه شيئاً، ويفرض عليه على قدر ما بقى عنده، فإن لم يترك شيئاً لم تجز الصدقة وفسخت، قال[1] المشاور: لا تجوز الصدقة على ذلك، وكأنه اتهمه، وقال ابن جماهر الطليطلي: إذا خرجت الأم إلى الضائفة سقط عن والدهم الفرض طول مقامهم فى الضائفة، ومن كتاب «الاستغناء» فى المجالس ما كان من كسوة الولد وتدعى أنها خلقت عليه أو أتلفها فى خروجه عنها حلفت، وكانت من الأب، قال المشاور: وهى منها وبه العمل، وما قبضته الزوجة من نفقة ولدها وادعت تلفه فهى ضامنة له إلا أن تقوم لها بينة بالتلف فيسقط ضمانها إلا فى أجرة الرضاع

---

(1) فى الأصل بدون لفظة (قال)، وأثبتها مراعاة للسياق والسباق.

ونفقتها الخاصة بها فهى ضامنة لذلك قامت بها بينة أو لم تقم، وإن كانت قبضت نفقة أولادها المدة معلومة فمات أحدهم فإنها ترد ما يخصه لما بقى من المدة، وكذلك ترد ما بقى من الكسوة وإن رثت، وقيل: إذا كانت الكسوة قد خلقت فلا شيء للأب فيها كما تقدم فى كسوة الزوجة.

ويلزم الأب النفقة على ذكور بنيه إلى البلوغ، وعلى الإناث إلى تزويجهن بعد البلوغ ودخول أزواجهن بهن، فإن كان بالولد زمانة مثل أن يكون أعمى أو مقعداً أو نحو ذلك ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن النفقة ساقطة عنه إذا بلغ كان ذلك منه قبل البلوغ أو حدث به بعده، وهى رواية ابن وهب.

والثاني: أنها تجب عليه بلغ بذلك أكره عليه بعده، وهو قول ابن الماجشون واستحسنه بعض الشيوخ.

والثالث: وهو قول ابن القاسم أنه إن بلغ صحيحاً ثم طرأ عليه ذلك بعد ذلك فلا تعود النفقة عليه، ولا تلزمه بعد سقوطها، وتكون عليه النفقة إذا بلغ بحال زمانة، وعلى القول بلزومها وهو المعروف إلى ذهابها وقدرته على التصرف فى معايشه، وكذا إذا زوج الأنثى قبل البلوغ ثم طلقها زوجها وعادت إليه ففى لزوم النفقة له عليها اختلاف، وكذلك إن كانت للولد صناعة لا تدركه بتعلمها معرة تقوم منها نفقته وكسوته، فإن ذلك يسقط عن الأب إلا أن تكسد أو يمرض فتعود، وكذلك الصبية إذا كانت لها صناعة رقم أو غيره، فإن كان ذلك أقل مما يكفها فله أن يستعين بذلك فى نفقتها ومؤنتها، وإذا قال الأب:

ليس عندى ما أنفق فأرسلى إلى أولادى يأكلون معى ويَبِيتون عندك كان ذلك له إذا عرف بذلك الحال ولم يرد الإضرار بهم، وكذلك إن كان صانعاً وأراد أن يكونوا معه بالنهار ويرسلهم بالليل كان ذلك له.

وإذا ادعى الأب العدم فى نفقة بنيه فإنه يسجن حتى يثبت عدمه بخلاف المزوجة التى فى ملكه فإنه لا يسجن إذا ادعى العدم فى النفقة عليها حتى يظهر لدده ويكلف إثبات العدم من غير سجن، وله أن ينفق على أولاده من أموالهم إن كان لهم مال، فإن أنفق من عند نفسه وأبقى أموالهم فله الرجوع فيه إن شاء من يوم أفادوا ذلك، فإن مات الأب قبل ذلك وأراد الورثة الرجوع فيه، فقال ابن القاسم: إن كان عيناً لم يكن لهم الرجوع، وإن كان عرضاً فلهم الرجوع فيه، وتحرير ذلك ما قاله علماؤنا أنه إن كان عيناً وألقى على حاله فى تركته فلا رجوع فيه إلا أن يوصى الأب أن يحاسب، قال ابن رشد: يكون مع ذلك قد كتب النفقة وإلا فلا، وإن كان عرضاً أو حيواناً وألقى على حاله فى التركة فللورثة الرجوع بالنفقة فيه إلا أن يوصى الأب أن لا يحاسب بها الابن، قال ابن رشد: ويكون مع ذلك لم يكتب النفقة عليه، وإلا فلا تجوز وصيته لأنه إن كان كتبه دل على أنه لم يرد أن يتطوع بها فوصيته بذلك وصية لوارث هذا إن كان المال بيده، فإن كان لم يقبضه ولا صار بيده فسواء كان عيناً أو عرضها هو بمنزلة ما إذا كان عرضاً بيده، والحكم فى ذلك واحد، وإن كان عيناً قد حصل فى ذمته فإن أشهد به على نفسه فلا يحاسب الابن بالنفقة، ويصير بمنزلة العين الحاضر، وإن كان قد أدخله فى ماله ولم يشهد به وقد عرف أصله فهو كالعروض، ويحاسب الابن بالنفقة فى ذلك، قاله أصبغ.

وسأل ابن رشد فى رجل توفى، وقد كان وهب لابنته محجورته جميع رباعه وأشهد لها بما اجتمع لها بيده من غلاتها ثم قام ابن عمها الوارث معها يطلب نقض ذلك ومحاسبتها بالنفقة، فقال: الهبة ماضية وإشهاد الوالد بما اغتل لها من ذلك نافذ لها، ويحكم لها به فيما تخلفه إذا أشبه ذلك، ولا يحاسب الأب بالنفقة فيما اغتله لها ولا فيما وهبه لها ولا فيما وهب لها لإشهاده لها بذلك على نفسه لأنه لما أشهد به دل على أنه لم يرد محاسبتها فى ذلك بشيء من نفقته عليها، والرواية بذلك مأثورة عن مالك -رضى الله تعالى عنه.

وسأل ابن رشد أيضاً فى رجل كان وصياً بقيمة فأشهد عند موته أن لها عليه عشرين مثقالاً، ولم يدع هو أن له عليها شيئاً، فيموت ويثبت الورثة أن له عليها حصانة، ويطلبون محاسبتها، فقال: إشهاد الموصى عند موته بالعشرين مثقالاً يوجبها لها ويبطل دعوى الورثة، ولا يلتفت إلى ما أثبته ولا يحاسبونها بشيء، ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته بما اتفق عليه أبوه إلا أنه إذا مات الابن وكان الأب غنياً، فروى ابن القاسم: أن عليه اليمين بخلاف أن يكون مقلاً فهو مصدق فى ذلك دون يمين.

ومن أنفق على صغير يتيم أو من له أب فله أن يرجع بذلك فى أموالها إذا كانت له بالنفقة بينة، وكذلك إذا لم يكن للابن مال كان أبوه موسراً لأن يسر الأب كمال الابن هذا إذا أنفق وهو يعلم بالمال أو يسر الأب، وأما إذا أنفق وهو يظن أن لا مال للابن ولا لأبيه فليس له الرجوع فى ذلك كما إذا انفق عليه وهو لا مال له ثم أفاد بعد ذلك مالا فلا رجوع له باتفاق، وقيل فى الأول:

له الرجوع، والقولان قائمان فى «المدونة»، وإن كان المَنفق وصياً من أب أو قاض فله الرجوع بذلك فى ماله دون يمين تلزمه، ولا إثبات لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم، وقيل: عليه اليمين وإن كان غير وصى فلابد من إثبات حضانته له وكفالته ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج إلى أن يشهد أن إنفاقه إنما هو ليرجع به وروى أنه ليس له أن يرجع إلا أن يكون قد أشهد.

**ويكتب فى ذلك عقد**: يعرف شهوده الصبى فلاناً ويعلمونه صغيراً يتيماً فى حضانة قريبه فلان المعروف عندهم منذ كذا وكذا عاماً، وفى كفالته وتحت إنفاقه لا يعلمونه انتقل عن ذلك حتى الآن أو بطوال مدته، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت فيكتب نص اليمين، **ونصه**: حلف عن إذن قاضى الجماعة بكذا وهو فلان –وفقه الله تعالى– فلان الحاضن المذكور أعلاه أو بمقلوبه بحيث يجب، وكما يجب يميناً قال فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد أجريت النفقة والكسوة والمؤن كلها على الصبى فلان المذكور فيه بطول المدة المسماة فيه من مال لا رجع عليه بذلك وأحاسبه، وما قبضت من ذلك قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت، ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحلت، ولا أخذت بذلك كفيلا، ولا رهناً ولا عرضاً، ولا خرجت عن ذلك، ولا عن شىء منه بوجه حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف وعرفه قيد على ذلك شهادته فى كذا، وفى كتاب «الاستغناء»: قال المشاور فى رجل تزوج امرأة لها أولاد وكان الأولاد مع أمهم على مائدة زوج أمهم وفى بيته وداره زماناً، ولهم أصول ودور فلما بلغوا قام يطلبهم بالنفقة فأنكروه، وقالوا: لم نأكل إلا ما لنا وأقام الربيب البينة أنهم كانوا على مائدته، ولا يعلمون

الإنفاق ممن كان إلا أن القول قول الربيب الحاضن المنفق مع يمينه، ويرجع بذلك فى غلات أصولهم وفى الأصول إن لم تف الغلات بذلك فإن شط له عليهم شيء من النفقة لم يكن له اتباعهم بها، وفى «المجالس»: إذا بلغ الأيتام فأنكروا الإنفاق فالبينة على الربيب بالإنفاق وإلا حلفوا أنه لم ينفق عليهم شيئاً وسقط ذلك عنهم، وبالأول العمل، ويلزم الابن نفقة أبويه الفقيرين صغيراً كان الابن أو كبيراً ذكراً أو أنثى، ولا مقال لزوج الأنثى، فإن تعدد الأبناء أدوها على السواء، وقيل: على قدر اليسر، وقيل: على قدر مواريثهم، وعلى الأبوين إثبات عدمهما، ولا يجبران على المشهور، فإن ادعى الابن العدم فعلى الأب إثبات يساره لأنه النفقة إنما هى فى ماله بخلاف الدين فإنه فى ذمته، وكذلك إن كان الابن غائباً فلا تباع فى ذلك أصوله بخلاف نفقة بنيه وزوجه، وما فى «المدونة» و «العتبية» من بيع مال الغائب فى نفقة أبويه محمول على ما عدا الأصول واستحسان على غير قياس، وكذلك ينفق على زوجته كانت أم الابن أو لم تكن، موسرة كانت أو معسرة، وعلى خادم إن كانت لها، ولا تلزم النفقة للجد ولا لغيره من القرابات غير الولد والابن.

## فصل

ويجب على الزوج النفقة لامرأته إذا دعت إلى البناء وطالبته بذلك هى ووليها.

**ويكتب فى ذلك إذا ترافعا إلى الحكام عقد:** التزم فلان أن يبنى على زوجه فلانة عند انقضاء أجل كذا، وأن يجرى عليها النفقة والمؤن من الآن إذا دعته إلى ذلك وطلبته وبمحضرها أو وليها فلان وموافقتهما، وأشهدا بذلك فى كذا، وإن تطوع بتمليكها إن لم يبن بها، قلت بعد الالتزام **ما نصه:** وتطوع لها أنه إن لم يبن بها عند تمام الأجل المذكور فقد جعل أمرها بيدها فى طلقة واحدة تملك بها نفسها، فإن كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الوطء فلا نفقة لها، وكذلك الزوج إن كان صغيراً لا يطيق الوطء فلا نفقة عليه حتى يتمكن من الاستمتاع، وهى على قدر حال الرجل والمرأة والبلد وما عليه العامة والسعر، وإن أكل الناس الشعير أكلته وأمر الإدام كذلك، ولا يفرض العسل والسمن والفاكهة، ويفرض الزيت والخل والحطب والماء واللحم المرة بعد المرة، وأمر الكسوة كذلك، فإن كانت حديثة عهد بالبناء فليس عليه سوى شورتها التى تجهزت بها إليه من ملبس وغطاء ووطاء، وله الاستمتاع بذلك معها، وإن لم يكن فى صداقها ما تشور به لقلته أو بعد عهدها بالبناء حتى خلقت شورتها فعليه كسوتها يفرض لها فى الصيف ما يليق به وفى الشتاء ما يليق به، قال بعض المفتين: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه قبل العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة متى طلبتها، وليس عليها أن تتبذل الهدية، ولكن حقها أن تتزين له بالهدية وقتا بعد وقت،

وليس عليه كحل ولا مشط ولا أجرة حجامة ولا أجرة الطبيب فيما يفرض لها، وقال ابن عبد الحكم: عليه أجرة الطبيب إن احتاجت إليه وفى أجرة القابلة قولان: أظهرهما: وجوبها عليه، وتقدير زمان النفقة على قدر حال الزوج ويسره خاصة، فإن كان موسراً وسع فى المدة وفى النفقة كالأربعة الأشهر والثلاثة والمتوسط كالشهور والشهرين، والمعسر بالشهر والجمعة واليوم، وعلى قدر ما يرى أنه يقدر أن يقدمه، وفى «المجموعة»: الحاكم مخير بين أن يأخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه أو بثمنه، قال أبو الطاهر بن بشير: ولو أراد الزوج أن يدفع إلى المرأة ما فرض لها وطلبت هى ثمنه لكان لها الثمن لأن لها أن تأخذ ما هو أرفع على حسب ما تختاره، وقال بعض المتأخرين: له أن يعطها عن جميع لوازمها ثمناً إلا الطعام ففيه قولان، والقادر بالكسب كالقادر بالمال، ولا يجبر على العمل، فإن ادعى أنه معسر فلا يفرض عليه فرض المعسر حتى **يثبت هذا العقد:** عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادى الإقلال قليل التجر، مقدور عليه فى رزقه وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

**بيان** : إذا أثبت هذا العقد سقط عن الزوج الإنفاق الذى يلزم الموسر، وكان عليه القوت من الدقيق أو الخبز إن كان لا يستطيع الدقيق والغليظ من الثياب، وسقط عنه الإخدام، ويدفع ذلك بالشهر أو بالجمعة أو باليوم كما تقدم ذلك بعد يمينه، فإن ادعى العجز عن النفقة وذلك عن القوت وعما يوارى العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لدده، وعليه إثبات ذلك إن أكذبته الزوجة.

**ويكتب فى ذلك عقد:** يعرف شهودة فلاناً، ويعلمونه فقيراً عديماً لا مال له ظاهراً ولا باطناً وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت ذلك حلف أنه لا مال له، وأن الذى يفرض عليه لا يقدر عليه، فإذا حلف أجل فى الكسوة إن قدر على النفقة دون الكسوة وفرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما، وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل إلا دون ذلك، وذلك إلى اجتهاد الحاكم، فإذا ثبت عدمه أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة على ذلك فيؤجله الحاكم فى الإنفاق عليه الشهر ونحوه.

**ويكتب فى ذلك عقد:** أجل القاضى فلان بن فلان –وفقه الله تعالى– فلاناً الزوج المذكور فى كذا فى إجراء النفقة والكسوة على زوجه المذكورة إذا عجز عنها حسبما ذكر فى عقد كذا، أجلا من عشرين يوماً أو ثلاثين يوماً أو لها كذا وبمحضر الزوجين المذكورين وموافقتهما على ذلك، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا، وتكون معه فى خلال التأجيل، ولا تتبعه بنفقة زمن الإعسار، وإن علم له مال وظهر لدده كان للسلطان أن يسجنه، فإن رضيت بعد التلوم بالبقاء معه وتركت الطلاق رجاء أن تجد نفقة ثم أرادت أن تطلق نفسها فإنها لابد لها من تلوم آخر، وإن كان من السؤال وعلمت المرأة فقره قبل النكاح فلا قيام لها عليه، ولا تطلق عليه إلا بالإعسار، قاله ابن القاسم، قال الشيخ أبو الحسن: ومعنى قول ابن القاسم أنها لا تطلق عليه إذا سأل ولم يعط شيئاً، وأما إن ترك السؤال والطواف فلها الحجة، وتطلق عليه بعدم النفقة، فإن وجد فى خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه، وبقيت زوجته. وإن لم يجد شيئاً ودعت إلى الطلاق.

**فيكتب فى ذلك ما نصه:** لما انصرم الأجل المقيد فوق هذا، وحضر عند القاضى فلان -وفقه الله- فلان وفلانة، وأقر الزوج فلان باتصال عسره، وأنه لم يجد ما ينفق منه على زوجه فلانة، وسألت عنه الزوجة النظر له أمره بالطلاق فأبى من ذلك وثبتت إبايته عنده فطلقها عليه طلقة واحدة يملك بها رجعتها إن أيسر فى عدتها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليهما وثبوت زوجيتهما لديه، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا، فإن أيسر فى عدتها بنفقة الشهر ونحوه وما يجب عليه من اللباس كان أملك بها فإن لم يجد إلا نفقة الأيام اليسيرة كالعشرة الأيام ونحوها فلا يلتفت إلى ذلك، وقيل: إلا أن يكون ممن يفرض عليه باليوم ونحوه فيكون له الرجعة بوجود ما لو وجده لم تطلق عليه، وكذلك إن كان الإعسار بالنفقة قبل الدخول فإنها تطلق عليه بعد الأجل وتملك أمر نفسها بوقوع الطلاق قبل البناء، قاله ابن فتحون، قال بعض المتأخرين: وقد روى عن مالك أنه إن أيسر فى العدة كانت له الرجعة فى المدخول بها وغير المدخول بها، قال: ولا أدرى ما هذا لأنه لا رجعة فيمن لم يدخل بها.

## فصل

فإن كان غائباً معلوم المكان أو أسيراً أو فقيد فإنها تطلق عليه إذا ثبت عدمه، قال بعضهم: أو جهلت حاله، وذكر ابن فتحون أنه إذا لم يكن له مال وفنى بالإنفاق وثبت ذلك فإن لزوجه أن تطلق نفسها، ولم يعتبر حال الزوج فى ملائه وعدمه وبنى على ذلك وثيقته، وقال الشيخ أبو الحسن اللخمى: وقد قال بعض أصحابنا فيمن غاب عن زوجته ولا مال له ينفق منه عليها أنها تطلق عليه، ولا أرى ذلك لأن الغائب قد تكون له حجة، وقال أبو عمران الفاسي: أرى أن يبين له إذا أراد السفر أنها تطلق عليه إن لم يكن له ما ينفق عليها، وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء ولم يترك مالاً فإنها تطلق عليه إذا دعت إلى ذلك على الصحيح، وقيل: لا تطلق عليه لأن النفقة لا تجب لها حتى تطلبها وبغيبته عدم ذلك، قال ابن رشد فى «مقدماته»: ولم يختلف أن من غاب عن زوجته غيبة بعيدة قبل البناء أن النفقة تفرض لها إن سألت ذلك، وإنما اختلف فى الغيبة القريبة، فقيل: لا يفرض لها حتى تدعو إلى البناء ويكتب له: إما أن يبنى وإما أن ينفق، وقيل: يفرض لها حتى تدعو إلى البناء وإن كان قريباً، قال: وهو أظهر.

**ويكتب فى ذلك إن ذهبت الزوجة إلى أن تطلق نفسها:** عقد يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن غاب الزوج فلان عن زوجه فلانة المذكورة قبل البناء بها أو بعد البناء بها ببلد كذا أو بحيث لا يعلم منذ كذا، وتركها دون نفقة ولا شيء تمون به نفسها، ولا يعلمون أقام لها بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد

بشيء من ذلك، ولا أن له مالاً تعدى فيه بمؤنتها، ولا أنه رجع من غيبته سراً ولا جهراً، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا العقد أجله القاضي.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** عقدَ أجل القاضى فلان –وفقه الله تعالى– فلاناً الزوج المذكور فى كذا فى الإيجاب لزوجه المذكورة فيه من الغيبة المسماة فى كذا وإجراء النفقة والكسوة والمؤن عليها أجلاً من ثلاثين يوماً أولها كذا استقصاءً لحجته، وإبلاغاً فى الإعذار إليه وأشهد بذلك بموضع نظره فى كذا، فإذا تم الأجل ولم يأت تكتب رسم اليمين والطلاق، **ونصه:** لما انصرم الأجل المقيد بكذا ولم يؤب الزوج المذكور فى كذا لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المشهود بها فى كذا وسألت الزوجة من القاضى فلان – وفقه الله– النظر لها فى كذا اقتضى نظره إحلافها فحلفت بحيث يجب، وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب عنى زوجى فلان المذكور فى كذا الغيبة المشهود بها وما رجع من غيبته سراً ولا جهراً، وتركنى دون نفقة ولا شيء أمون به نفسى وما بعث إلى بشيء فوصلنى ولا أقام لى بذلك كفيلا ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أذنت له فى سفره، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة، ولا أعلم له مالاً أعدى فيه بذلك، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينى وبينه بوجه حتى الآن، ولما كملت يمينها وثبتت لديه أذن لها فى تطليق نفسها إن شاءت فطلقت نفسها عليه واحدة قبل البناء بها ملكت بها أمر نفسها أو بعد البناء طلقة رجعية يملك بها رجعتها إن قدم موسراً فى عدتها، وأمرها بالاعتداد من الآن، ورجاء الحجة للغائب متى قدم، ومن حضر اليمين المنصوصة

واستوعبها من الحالفة ويعرف الإذن فيها وفى الطلاق من القاضى المذكور وأشهدته الحالفة بما فيه عنها من عرفها وبحال الصحة والجواز قيد على ذلك شهادته فى كذا.

**بيان:** قال ابن سهل: زاد ابن رشيق فى يمين الزوجة: ولا أن الزوجية انفصلت بينى وبينه ولا أسقطت، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقه، والوجهان معرضان للخلاف لأنها يمين تهمة فيهما، وأسقط ابن فتحون الإذن لها فى الطلاق، وجعل عوضه فطلقها وما ذكرنا أصوب، فإن كانت بكراً فلا يقوم عنها أبوها فى ذلك إلا بتوكيل، وتطلق نفسها بعد يمينها كما ذكره فى الثيب، قاله ابن عتاب وابن رشيق، وقال ابن العطار: لا يمين عليها، وضعفه ابن سهل، وقولنا: وأمرها بالاعتداد هو لفظ الحديث وذكر ابن فتحون: وأعلمها بلزوم الاعتداد، وما ذكرنا أحسن، قاله ابن عتاب وابن سهل وغيره، فإن قدم الزوج فجرح شهود الغيبة ولم تجد المرأة غيرهم ردت إليه وفرق بينها وبين الزوج الثانى إن كان تزوجها غيره، قاله فى «مقنع» ابن بطال: وكذلك إن كانت طلقت نفسها بشرطها وقدم ودفع فى شهود الشرط والمغيب ردت إليه، وإن كانت قد تزوجت ودخلت مع الزوج الثاني، قاله فى «الاستغناء»، وإن قدم وادعى أنه خلف عندها نفقة فأفتى ابن رشيق،وهو قول عبد الملك أن الحكم نافذ ولا ترد إليه، ولأبى بكر بن عبد الرحمن أنها ترد إلى الزوج، قال فى «الحريرية» إن الذى أفتى به أكثر الفقهاء فى هذه المسألة أن الحكم لا ينفذ وترد إلى الزوج، وإن كانت قد تزوجت فرق بينهما وردت إلى الزوج الأول، وفى «كتاب ابن يونس»: قال بعض شيوخنا فى الذى ارتد ففرق بينه وبين زوجته ثم ثبت أنه

أكره، فحاله حال امرأة المفقود وهو أحق بزوجته ما لم يدخل بها الزوج الثاني، فإن دخل بقيت له زوجته، وعاب ذلك بعض أصحابنا، وقال: ترد إليه، وإن دخل بها الثاني، وإذا قدم الزوج موسراً وهى فى العدة فهو أحق بها، وكذلك إن طرأ له مال من دين أو ميراث أو غيره وهى فى العدة فلا ينفذ الطلاق، وإن قدم بعد اليمين وقبل الطلاق فلا يضر ذلك وهى زوجته ما لم يقع الطلاق، فإن ادعى حين قدم أنه ترك لها نفقة وقالت هي: لم يترك شيئاً ففى ذلك قولان:

أحدهما: أن القول قوله على كل حال، ويحلف ولا تتبعه بشيء.

والثاني: أنها إن رفعت أمرها إلى السلطان، فالقول قولها من حين ترفع أمرها، وإلا فالقول قوله، وهو الأصح، وبه العمل.

**ويكتب فى ذلك:** عقد حضرت بمجلس الأحكام الشرعية بموضع كذا أو عند القاضى بموضع كذا فلانة وادعت أن زوجها فلاناً غاب عنها منذ كذا وتركها دون نفقة، ولا شيء تمون به نفسها أو تركها، وبنيها منه فلاناً وفلاناً دون نفقة ولا شيء تمون به نفسها معهم، وأنها قامت معلنة بذلك ليكون القول قولها فى ذلك ومن حضر المجلس وعاينها به وسمع فيه مقالتها المنصوصة، ووعاها وعرفها قيد على ذلك شهادته فى كذا.

فإن لم ترفع أمرها إلى السلطان وشكت ذلك إلى العدول ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنها تنتفع بذلك، ويقوم لها مقام رفعها إلى السلطان، والثاني: أنها لا تنتفع بذلك ولا يقوم مقامه، وهو المشهور من المذهب، وكذلك إن كان لها منه أولاد إذا رفعت أمرها وأمرهم إلى السلطان ليكون القول قولها كنفقتها سواء،

ويكون لها اتباع والدهم بنفقتهم، وإن لم يرفع ذلك إلى السلطان فيكون القول قول والدهم أنه كان ينفق عليهم، روى ذلك يحيى عن ابن القاسم، قال ابن رشد فى رسم الأقضية من «شرح المديان»: وإنما يصدق الزوج إذا ادعى بعد مضى المدة أنه كان ينفق على زوجته أو أنه كان يدفع إليها نفقتها أو ما تنفق منه شيئاً بعد شيء أو جملة واحدة، وأما إن ادعى أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا يصدق بإجماع، وحكى ابن زرب خلاف ذلك فانظره، وتحاص المرأة الغرماء بما أنفقت على نفسها من حين قيامها فى الدين المستحدث دون القديم، وما أنفقت على ولدها منه، فإنها تطلبه به إن كان موسراً ولا شيء عليه إن كان معسراً، ولا تحاص به الغرماء، وكذلك لا تتبعه بما أنفقته على نفسها فى غيبته إن ثبت عدمه فيها، وإن جهلت حاله ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه محمول على اليسار ولا يصدق أنه كان معدماً فى غيبته، وإن قدم معدماً، وهو قول ابن الماجشون فى «الواضحة»، والثاني: أنه يصدق إن قدم معدماً، ولا يصدق إن قدم موسراً، وهو قول ابن القاسم وظاهر ما فى «المدونة»، والثالث: أنه يصدق على كل حال قدم موسراً أو معسراً، وهو ظاهر قول سحنون وابن كنانة، وأما إن علم ملاؤه فى غيبته فإنها تتبعه بنفقتها وتكون ديناً عليه لها، وتحاص به الغرماء، ويفرضها الحاكم لها عليه، قال ابن هشام: ولا يؤجل، فانظر.

## فصل

فإن كان له مال حاضر فرض لها الحاكم نفقتها فيه سواء كان دينا أو وديعة أو غيرهما، وإن كان عرضاً أو أصل ملك باعه وفرض لها فى ذلك أى فى ثمنه بعد ثبوت ذلك، ورفع أمرها وغيبته ويمينها فتكتب رفع الأمر كما تقدم ثم تكتب رسم المغيب، **ونصه**: يعرف شهوده فلان الفلانى وفلانة بنت فلان الفلانى بالعين والاسم معرفة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن غاب الزوج فلان عن زوجته المذكورة بعد البناء بها بحيث لا يعلم، وتركها دون نفقة ولا شيء تمون منه نفسها، ولا يعلمون أنه بعث إليها بشيء فوصلها، ولا أنه أقام لها بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أن له مالا تعدى فيه بذلك إلا الكرم المعلوم له بكذا أو الدار المعلومة له بكذا أو الدين المترتب له على فلان وقدره كذا أو العروض المستقرة له بيد فلان على وجه الأمانة وهى كذا لا يعلمون له مالا غير ذلك، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا ثم **تكتب رسم اليمين ونصه**: حلفت بإذن القاضى فلان –وفقه الله– فلانة بحيث يجب وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب عنى زوجى فلان الغيبة المشهود بها فى كذا، ولا رجع فى مغيبه سراً ولا جهراً ولا ترك لى نفقة، ولا شيئاً أمون به نفسى ولا بعث إلى بشيء فوصلني، ولا أقام لى به كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أذنت له فى سفره، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة، ولا أعلم مالا أعدى فيه بذلك إلا الكرم المعلوم له بكذا أو الدار المعلومة له بكذا أو الدنانير المودعة له بيد فلان،

لا أعلم له مالا سوى ذلك، ولا أعلم أن عصمة النكاح انفصلت بيني وبينه بوجه حتى الآن، ولقد أجريت النفقة والصرف والمؤن كلها على نفسى من مالى لأرجع بذلك وأحاسبه، وما قبضت من ذلك شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحلت، ولا أخذت بذلك كفيلاً ولا رهنا ولا عرضاً، ولا خرجت عن ذلك ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن المذكور واستوعبها من الحالفة وعرفها قيد على ذلك شهادته فى كذا.

**بيان:** قال الباجى فى «سجلاته»: لا يشهد بمعرفة الزوجة دون تفسير الأمر إلا من هو من أهل العلم، وإن لم يكونوا من أهل العلم فلابد أن يقولوا بإشهاد الزوجين والولي، وإذا ثبت ما ذكر من المغيب واليمين كما ذكر فإن القاضى يأمر إذ ذاك ببيع أصل الملك بعد ثبوت عقد الملك فيه والحيازة والسداد، ويقدم من يبيعه حسبما يأتى فى البيع على الغائب، ويدفع لها نفقتها منه، وإن كان مالا مودعاً ذكرت إقرار الذى هو بيده أنه عنده وثبوت ذلك عند القاضي، ويأمر بدفع ذلك لها فى نفقتها، وكذلك إن كان عرضاً أمره ببيعه بالسداد ويدفع لها نفقتها منه.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ حضر عند القاضى فلان –وفقه الله تعالى– فلان بن فلان، وذكر أن بيده للغائب فلان كذا وكذا ديناراً على وجه الوديعة، وثبت عنده إقراره بذلك، وسألته الزوجة إعداءها فيه بنفقتها فاقتضى نظره أن أمره أن يجرى لها منه ما يجب لها من نفقة ومؤن، وحكم بذلك بعد ثبوت موجبه،

وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده فلان المقر المذكور والزوجة بما فيه عنهما، وعرفهما فى كذا، وإن كان له بنون صغار فإنه ينفق عليهم من ذلك بعد ثبوت صغرهم وأنهم بنوه ولا مال لهم، وأنهم فى حضانة أمهم، وتضمن ذلك فى عقد المغيب وفى عقد اليمين أنه لم يترك لها نفقة ولا كسوة ولا لأولادها منه الذين هم فى حضانتها، وتجرى عليهم النفقة من مال والدهم.

## فصل

فإن دعت الزوجة إلى الفراق فإما أن يكون معلوم المكان أو أسيراً أو مفقوداً أو مجهول الحال والمكان.

فإن كان معلوم المكان فذكر ابن فتحون أن السلطان يكتب إليه إما أن يحملها إليه أو يفارقها، وإلا طلقت عليه، قال: فإن أطال الغيبة والنفقة جارية، فقال مالك -رضى الله تعالى عنه- أما الحين فذلك له قال، عيسى عن ابن القاسم: وظننت قوله: «الحين» السنتين والثلاث، فإن أطال الغيبة فليقض عليه.

وإن كان أسيراً فلا تطلق عليه ما دامت نفقته جارية عليها حتى يثبت موته أو تنصره أو ينقضى تعميره إن جهل مكانه فتطلق عليه وهو محمول فى تنصره على الطوع حتى يثبت خلافه ويوقف ماله فى تنصره حتى يموت على الارتداد فيكون لجماعة المسلمين أو يراجع الإسلام فيكون أحق به.

وإن كان مفقوداً مجهول الحال فى غير المعترك فإن امرأته إذا دعت إلى الفراق فلها ذلك بعد أن يثبت فقده، وإن كانت نفقته جارية عليها بعد أن تؤجل أربعة أعوام.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم، ويعلمون صحة الزوجية بينهما، واتصالها إلى إن غاب الزوج فلان عن زوجته المذكورة منذ كذا بحيث لا يعلم، وعمى أثره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته، ولا يعلمونه رجع من مغيبه، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. ثم تكتب الأجل بأسفله، **ونصه:** لما ثبت عند القاضى فلان –وفقه الله– رسم المغيب فوق هذا ثبوتاً تاماً، وسألت منه الزوجة المذكورة فيه النظر لها اقتضى نظره أن أجل الغائب بعد التفحص عن أمره وانقطاع خبره واليأس منه أجلا من أربعة أعوام أولها كذا على ماضى السنة فى تأجيل المفقود، وحكم بذلك وأمضاه بعد تقضى موجبه على الكمال، وبمحضر الزوجة واعترافها بأنها الطالبة لذلك والقائمة به، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت ونظر من أشهده به بموضع نظره، وأشهدته الزوجة بما فيه عنها وعرفها فى كذا.

**بيان:** الأجل يكون من يوم اليأس من المفقود لا من يوم قيامها فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت إن شاءت وليس عليها استئذان السلطان فى عدتها، ولا فى نكاحها لأن الحكم قد نفذ لها بالتأجيل،وإذا تمت عدتها حلت للأزواج، وإن أحبت المقام عليه قبل أن تشرع فى العدة

وإبطال حكم الأجل فلها ذلك ثم إن أرادت فراقه ضرب لها أجلا آخر، فإن قدم الزوج فى خلال الأجل أو علمت حياته قبل أن تتزوج وإن كان ذلك بعد العدة فهى زوجته، وسقط حكم ما ذكر من الأجل وغيره ولا يضرها ذلك، وإن كانت قد تزوجت وقدم قبل الدخول ففى الأحق بها منهما قولان، وإن كان قد دخل بها الثانى فقد فاتت من الأول وبذلك القضاء، وإن ثبت موت المفقود فى الأجل أو بعده وقبل أن تتزوج فإنها ترثه وتأخذ مهرها كله، وإن ثبت ذلك بعد تزويجها وقبل دخول الثانى بها ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنها ترثه وينفسخ النكاح الثاني، ويكون خاطباً، والثانى: أنها لا ترثه ولا ينفسخ نكاح الثانى وبالأول القضاء، فإن كانت بموضع لا سلطان فيه وأشهدت العدول على ضرب الأجل جاز، والأحسن أن لا يكون إلا عند السلطان، وقيل: لا يجوز ذلك، من «الاستغناء»، وحكى ابن مغيث أنها إذا كانت بموضع لا حكم فيه رفعت أمرها إلى صالح جيرانها، وكشفوا عن خبر زوجها وضربوا لها أربعة أعوام ثم تعتد وتحل للأزواج لأن فعل الجماعة فى عدم الإمام كحكم الإمام، وقاله أبو عمران الفاسى وابن القابسى وغير واحد من الشيوخ، وأما ماله فإن السلطان يحضره ويقدم من قرابته أو غيرهم من ينظر فيه إلى أن يثبت موته أو حياته أو ينقضى أمد تعميره.

**ويكتب فى ذلك**: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه غاب منذ كذا أو عمى أمره، وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن ولا يعلمونه ترك وكيلاً ولا من ينوب عنه فى حاله، ولا قدم لذلك أحداً بعد مغيبه،

ويعلمون أن قريبه فلاناً من أحق الناس وأولاهم بالتقدم، وللنظر فى ماله وقبضه وضبطه، وإجراء النفقة والمؤن منه على من يجب له ذلك فيه بالمعروف لثقته وأمانته وحسن نظره، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، ويعرفون من ذكر. فإذا ثبت ذلك فيكتب عقد التقديم **ونصه**: لما ثبت لدى القاضى فلان رسم الاسترعاء المقيد بكذا وسأل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك اقتضى نظره إن قدم للنظر فى مال المفقود فلان وقبضه وضبطه وإحصائه والحيطة عليه وإجراء ما يجب فيه من النفقة والمؤن لمن يجب بالمعروف قريبه فلاناً المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديماً تاماً أنفذه له، وأقامه بذلك مقام الوكيل المفوض إليه، وبمحضره وقبوله ذلك، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهد به بموضع نظره وأشهده المقدم بالقبول وعرفه فى كذا.

**بيان**: ويقوم هذا المقدم مقام المفقود فى قبض ماله وإجرائه فيما يجب، ودفع النفقات والديون المترتبة عليه وغير ذلك، وفى «مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج»: إذا كان عند المفقود قراض أو وديعة فلا يحكم بأخذها من ماله حتى يحكم بتموينه بخلاف الذى فى الذمة لأنه لا يدرى ما كان يقول فيها، ولعله يقول: إنها ضاعت أو خسرت فى القراض أو ما أشبه ذلك، قال: ونزلت فأفتيت بذلك، ولا يقوم أحد عن الغائب دون تقديم ولا ينظر فى ماله، وإن كان من قرابته، وكذلك لا يقوم فى إثبات ملك له أو إحداث عيب عليه أو شيء يستحقه إلا أن يكون من قرابته الذين لا يشهدون له فيمكنون من الإثبات لا غير، ويشهد القاضى بما يثبت عنده ولا يحكم بإخراج المستحق منه من يد المقوم عليه أو غير ذلك، قال ابن رشد فى تعقبه: والصواب أن الأب والابن يمكنان من

الإثبات والخصومة على الغائب ومن عداهما من القرابة لا يمكنون إلا من الإثبات خاصة، ولا يمكنون من الخصومة، قال: وظاهر الروايات أن الأجنبي لا يمكن من شيء من ذلك إلا بتقديم، وإذا مات أحد ممن يرثه المفقود وقف ميراثه منه، فإن انقضى أجل تعميره ولم يثبت له حياة بعد موت المورث رد ما كان وقف إلى ورثه المتوفى وورث المفقود ورثته الأحياء عند انقضاء تعميره والمتوفى ورثته يوم مات، ولا ميراث بين المفقود والمتوفى لأنه لا يدرى من مات منهما قبل صاحبه.

واختلف في مدة التعمير، فقيل: سبعون سنةً، وهو قول، وقيل: تسعون سنةً، وهو قول ابن الماجشون، ورجع إليه أيضاً مالك، وقيل: ثمانون سنة وهو قول مالك أيضاً، وبه أخذ ابن القاسم ومطرف، وبه العمل. قال ابن محرز وقد اختلف في التعمير من السبعين إلى المائة وأعد لها عندى الثمانون، وهو اختيار الشيخ أبي محمد بن أبي زيد وأبي الحسن القابسي، وبذلك القضاء.

**ويكتب في ذلك:** عقدٌ يعرف شهوده فلاناً بعينه واسمه معرفة تامة ويعلمون أنه غاب من موضع كذا بحيث لا يعلم منذ كذا وعمى أثره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن، ويعلمون أن سنه كانت وقت مغيبه تبلغ كذا يتحققون ذلك بالوقوف على تاريخ ولادته أو أنه كان عند مغيبة بالحزر الذى لا يشكون فيه ابن كذا، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

فإذا انقضى أمد تعميره وحكم بتمويته **فيكتب في ذلك ما نصه:** لما ثبت عند القاضي فلان الرسم المقيد بكذا ومغيب الغائب المذكور فيه، وأن سنه كان عند

مغيبه كذا، وبلغ الآن الثمانين عاماً اقتضى نظره أن حكم بموت الغائب المذكور فى تاريخ هذا لبلوغه الآن الثمانين آخذاً بمشهور الأقوال فى ذلك، وأوجب لورثته ميراثه، وأنفذ ذلك، وأمضاه بعد سؤال ذلك، وتقضى موجبه، وأشهد بذلك بموضع نظره فى كذا.

**بيان:** فإن بقيت زوجته لم تتزوج بعد ضرب الأجل لها واعتدادها منه إلى أن انقضى أمد تعميره، وحكم بموته فلا ميراث لها منه، وكذلك لو أتى هو فى تلك المدة لما كان أحق بها لأنها قد بانت منه بعد الأجل وحكم بموته فى حقها، وقال ابن حبيب: إنما ترثه وتدخل مع ورثته فى ماله، قال ابن رشد: وهو بعيد، وكذلك لو ماتت هى بعد اعتدادها، قبل انقضاء أجل التعمير فليوقف للزوج ميراثه منها، ولا يكون بينهما ميراث إلا أن يثبت حياته بعدها ويظهر خطأ الحكم بموته، وتكون هى لم تتزوج غيره فيأخذ ميراثه منها لأنها قد بانت، ويحكم بموته بعد الأجل فى حقها، وقد قيل: إن المفقود إذا تمت له الأربعة الأعوام تعتد زوجته ويرثه ورثته إذ ذاك، ويقتسمون ماله وهو قول فى المذهب ذكره الشيخ أبو الحسن اللخمى وغيره، ووجهه ظاهر لأن الأحكام لا تتبعض، ولما حكم بموته فى حق الزوجة حكم بموته مطلقاً فورثه ورثته وقسم ماله وترتبت أحكام الموت كلها إلا أن المشهور عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أن ذلك يختص بالزوجة، ويبقى ماله إلى انقضاء أمد تعميره إذ لا ضرورة تدعو إلى قسم ماله ووجه الحكم بذلك تغليب الغالب على الأصل لأن الأصل فى المفقود الحياة، والغالب من حاله بعد التأجيل والبحث عنه فلم يعرف له خبر أنه مات فرجح الغالب على الأصل، وحكم بموته فكان ينبغى الحكم بذلك مطلقاً فى

الزوجة والميراث لكن مالكاً حكم بذلك فى حق الزوجة للضرر اللاحق لها وبقى فى المال على الأصل، وكان الأجل فى ذلك أربعة أعوام أكثر مدة الحمل، وبتمامها ينقطع النسب جعلت هنا أقصى المدة التى ينقطع بتمامها حياة المفقود ويحكم بموته، قال بعضهم: وهو ملحظ حسن.

وأما مفقود المعترك فى القتال فإما أن يكون فى قتال العدو أو فى قتال المسلمين فى الفتن التى تقع بينهم، فإن كان فى قتال العدو ففيه أربعة أقوال فى المذهب:

أحدها: أن حكمه حكم المفقود فى غير القتال فيضرب لزوجته أجل أربعة أعوام ثم تعتد وتتزوج إن شاءت، ويبقى ماله إلى انقضاء أمد تعميره.

والثاني: أن حكمه حكم الأسير فلا يضرب لامرأته أجل ولا يورث ماله إلا أن يثبت موته أو ينقضى أجل تعميره وهو قول ابن القاسم.

والثالث: أنه يضرب للزوجة سنة بعد البحث واليأس منه وتعتد بعد انقضائها، وتتزوج إن شاءت، ويبقى ماله إلى انقضاء أجل التعمير.

والرابع: أنه هو المشهور ويضرب لزوجه أجل سنة بعد البحث واليأس منه، فإذا تمت السنة ولم تثبت له حياة حكم بموته فتعتد زوجته ويرثه ورثته إذ ذاك، ويقسم ماله، وهذا القول هو الذى أخذ به أهل الأندلس، وجرى به العمل بها، وحكم به ابن الأيمن فى غزاة الخندق، وحكم به فى وقعة «قتندة» وغيرها، وهو مقتضى ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك فى «العتبية»، ففيها قال أشهب: سئل مالك –رضى الله تعالى عنه– عن المفقود فى أرض الإسلام بين الصفين،

وفى أرض العدو بين الصفين كم تقعد امرأته؟ فقال: سنة، فقيل له: تعتد بعد السنة أربعة أشهر وعشراً؟ فقال: نعم تعتد، قيل له: ومتى يضرب له أجل سنة من يوم فقده أومن يوم يضرب له السلطان؟ قال: من يوم يضرب لها السلطان، وينظر فى أمرها ووجه هذا القول هو ترجيح الغالب على الأصل ألا ترى أنه لا يكون ذلك إلا أن يثبت أنه رؤى فى المعترك بين الصفين، فلما ثبت ذلك ولم تعلم له حياة بطول الأجل بعد البحث عنه كان الغالب من أمره الموت فرجح على الأصل وهو الحياة وحكم بموته، ولم يتبعض الحكم فيه فاعتدت زوجته وورثته ورثته وحكم هذا الأجل السنة حكم الأربعة أعوام، قال ابن رشد: ولا فرق بينهما سوى أن هذا سنة، وذلك أربع سنين ألا ترى أنه لا يكون إلا من يوم يضربه السلطان وينظر فى أمره، والعدة بعد انقضائه، فهما سواء فى جميع الأحكام من إجراء النفقة فيه على الزوجة وغيرها ممن يلزم المفقود نفقته، وإن مات من يرثه فى أثناء الأجل فلا ميراث بينهما وغير ذلك، فإذا تمت السنة حكم بموته فتعتد عند ذلك زوجته ويرثه ورثته إذ ذاك.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه حضر الوقيعة الكائنة بين المسلمين والنصارى بموضع كذا وعاينوه هناك فى معترك القتال بين الصفين، وفقد هناك، وعمى أمره فلا تعلم حياته من وفاته حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. **ثم يكتب فى أسفله لثبوت[1] الزوجية:** عقد يعرف شهوده فلاناً المفقود أعلاه وفلانة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن فقد حسبما ذكر فيه، وحتى الآن لا يعلمون بينهما انفصالاً بوجه، وقيدوا

---

(1) فى الأصل (ثبوت) بدون اللام، الصحيح إثباتها.

على ذلك شهادتهم فى كذا فإذا ثبت ذلك فيكتب الأجل **ونصه:** لما ثبت عند القاضى بموضع كذا فلان -وفقه الله- رسم العقد أعلاه ورسم الاسترعاء بصحة الزوجية تحته ثبوتاً تاماً على الواجب، وسألت منه الزوجة النظر لها، فاقتضى نظره أن ضرب للمفقود المذكور أجلا سنة واحدة من الآن بعد البحث عنه واليأس منه، فإن تمت السنة ولم تعلم له حياة مضى الحكم بموته إذ ذاك فتعتد زوجته ويرثه ورثته وأنفذ ذلك أخذاً بقول من قال به من أهل العلم وترجيحا له وبعد تقضى موجب ذلك على الكمال وبمحضر الزوجة واعترافها أنها الطالبة لذلك والقائمة به، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده به بموضع نظره من كذا، وأشهدته الزوجة بما فيه عنها فى كذا.

**بيان:** فإذا تم هذا الأجل ولم يثبت للمفقود حياة ولا موت تم الحكم بموته فتعتد زوجته من بعد انقضاءه ويرثه ورثته الأحياء إذ ذاك، وتنقطع النفقة عن الزوجة وغيرها ممن تلزمه نفقته ولا يحتاج فى ذلك إلى تجديد حكم مثل الأجل المتقدم فى المفقود فى غير القتال سواء، وكان الأجل فى هذا سنة لأن السنة تضرب فى الشرع فى كثير من الأحكام كأجل المعترض وعهدة السنة وغير ذلك، وهذا القول هو على الحكم بالغالب وترجيحه على الأصل كما تقدم، وهو على مقتضى رواية أشهب وابن نافع، وكذلك القول الآخر قبله هو مقتضى الرواية المذكورة إلا أنه حكم بذلك فى الزوجة فقط وبقى فى المال على الأصل وهو على غير قياس، وتكلم ابن رشد فى هذه المسألة فرجح فى «الشرح» القول الأول ورجح، فى «المقدمات» هذا القول بأنه يحكم بموته بعد السنة فى

الزوجة والمال، وحمل الرواية عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فى كل واحد من الموضعين على ما رجحه به فيه وهى محتملة للوجهين.

وأما المفقود فى قتال المسلمين فى الفتن التى تكون بينهم ففيه ثلاثة أقوال فى المذهب:

أحدها: أن حكمه حكم المفقود فى غير المعترك.

والثاني: أنه يؤجل سنة ثم تعتد امرأته بعدها وتتزوج إن شاءت، ويوقف ماله إلى انقضاء مدة تعميره، وهو قول ابن حبيب.

والثالث: وهو المشهور المعروف من مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه يحكم بموته يوم القتال فتعتد امرأته من ذلك اليوم، ويرثه ورثته الأحياء يومئذ من غير أجل يضرب له. قال مالك -رضى الله تعالى عنه- ويتلوم له أمد يسير بقدر ما ينصرف من هرب أو من انهزم، ويقسم ماله وتتزوج امرأته بعد العدة إن شاءت والتربص فى ذلك بالاجتهاد، وإن ظهر أن يقسم المال بعد انفصال الصفين فعل إذا عرف الحال، ولم يكن للأجل فى ذلك فائدة. قال ابن القاسم: وأرى إذا كانت المعركة على بعد أن يكون التربص سنة والعدة داخلة فيها إذ هى من يوم الوقيعة، وإنما هذه السنة تربص للفحص عن حاله، وليست بأجل مضروب، وفى «العتبية»: سئل سحنون عن معركة تكون بين المسلمين فى أفنيتهم فيقع القتل بينهم فما تقول فيمن فقد فى المعركة ولا يعرف قتله وما يفعل بامرأته وفى ماله؟ فقال: إذا قامت البينة العدلة أنه شهد المعركة فإن امرأته تعتد من ذلك اليوم الذى كان فيه المعترك ويقسم ماله وهو عندى بمنزلة

الميت، وإذا كانوا إنما رأوه خارجاً مع العسكر ولم يروه فى المعترك فى القتال إلا أنهم نظروا إليه خارجاً فى جملة الناس فإن سبيله سبيل المفقود، ويضرب لامرأته أجل أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج ويوقف ماله إلى الأمد الذى لا يعيش إليه، فحال هذا المفقود فى الفتن إذا ثبت أنه كان فى المعترك غير حال المفقود إذ يحكم له بحكم الميت إذ ذاك لما هو الغالب من أمره أنه مات فيها، وذلك كمن ثبت أنه مات فيها بالمعاينة، وكذلك إذا ثبت بالسماع أنه مات فى المعترك فى قتال العدو وغيره فإنه يحكم له بحكم الميت إذ ذاك، فى «مسائل ابن الحاج» : سئل فى رجل شهد بالسماع الفاشى المستفيض أنه استشهد فى وقعة قتندة، وثبت عقد آخر أنهم رأوه فى العسكر هل يحكم له بحكم المفقود أو بموته الآن؟ فقال: يحكم بموت الرجل فى تاريخ ثبوت موته على السماع ويرثه ورثته الأحياء يومئذ، ولا يحكم بموته الآن، ولا يعمر كما يعمر المفقود، وليس لزوجته نفقة فى ماله وهى كالمتوفى عنها زوجها. وفى «الوثائق المجموعة»: إنما يؤجل مفقود المعترك سنة ثم يورث ماله بعد، ويقسم مال الذى ثبت أنه كان بين الصفين وفقد وكذا المفقود فى قتال المسلمين وإن لم تقم له بينة أنه رؤى بين الصفين فحكمه حكم المفقود فى غير المعترك، ولا يورث إلا بعد التعمير وإذا نعى للمرأة زوجها فتزوجت ثم قدم زوجها الأول فإن نكاح الثانى يفسخ وتستبرئ منه وترد إلى زوجها وإن ولدت الأولاد، قال أبو عمران: ولو ثبت موته عندها برجلين عدلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ إلا أن يكونا غير عدلين أو لم يعلم ذلك إلا بقولها فإنه يفسخ، وإذا كان المفقود عبداً

ضرب له الأجل على النصف من أجل الحر، فإن كانت أم ولد فلا يضرب لها أجل وهل تعتق عليه إن لم يكن له ما ينفق عليها منه أم لا؟ فى ذلك قولان.

## الحضانة وما اتصل بها

وهي حق للحاضن، وقيل: للمحضون، وقال ابن محرز: اختلف فى ذلك والصواب عندى أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون. وقيل: هى حق لله تعالى، ذكره فى «الحريرية»، وهى فى الذكر إلى بلوغ الحلم على الأصح، وقيل: إلى الإثغار، وفى الأنثى إلى دخول الزوج بها. قال ابن رشد: ويستحق النساء الحضانة بوجهين:

أحدهما: أن يكنَّ ذوات رحم من المحضون، والثاني: أن يكن محرمات عليه، فإن كن محرمات عليه ولم يكن ذوات رحم منه كالأم والأخت من الرضاعة فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن ذوات رحم ولم يكن محرمات عليه كبنت الخالة ونحوها فلا حضانة لهن، ويستحق الرجال الحضانة بمجرد الولاية كانوا من ذوي رحمه المحرم كالجد والعم أو من ذوي رحمه الذى ليس بمحرم أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولى المعتق والوصى من قبل الأب أو السلطان، والأم أولى بالحضانة من قرابتها ومن الأب وقرابته، وقرابة الأم أولى من الأب وقرابته، والأب أولى من قرابته إلا أمه وحدها فهل يكون أولى منها أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أنها أولى منه وهو المشهور، والثاني: أنه أولى منها فالأم مقدمة ثم أمها ثم جدة الأم أم أمها ثم الخالة، وفى إلحاق خالة الخالة بالخالة قولان، ثم الجدة أم الأب على المشهور ثم الأب ثم جدة الأب لأبيه ثم العمة ثم بنت الأخ، ثم الأخت فإن لم يوجد فى النساء حاضنة انتقلت إلى الذكور العصبة على ترتيبهم فى ولاية النكاح، والوصى أولى من العصبة، فإن اجتمع المتساوون قدم الشقيق على غيره، فإن استووا فى ذلك قدم الأصون والأرفق، فإن استووا قدم الأمين، وشرطها العقل والكفاءة وحرز المكان للبنت يخاف عليها، وإن كان الحاضن أباً أو أما وخيف عليها انتقلت الحضانة إلى الأبعد، وأن تكون المرأة غير ذات زوج إلا أن تكون الجدة متزوجة بجد الطفل ففى ذلك قولان: أصحهما بأن لا تسقط حضانتها، وإن كانت الأم وصيا وتزوجت ففى سقوط حضانتها قولان، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا تزوجت الأم وهى وصى على ابنتها وأراد الأولياء أخذه حكم فيها ابن حمدين بأنها أحق به، وكان تقديمها من قبله وبذلك أفتى ابن حزم وغيره ولم يحقق فيها جواباً فى المجلس ثم ظهر له أنها لا حضانة لها لعموم قوله: أنت أحق به ما لم تنكحي، وقال: إذا كانت الجدة ساكنة مع الأم فى دار واحدة فتزوجت الأم وأبى الأب أن يترك ابنه فى حضانة الجدة من أجل سكناها مع بنتها المتزوجة فإنها لا تسقط حضانتها بسبب سكناها مع بنتها، قال: وهو قول سحنون، وأفتى غيره بأن حضانتها ساقطة، وفى رواية قرعوس عن مالك -رضى الله تعالى عنه- ما يدل على ذلك، وهو الذى أفتى به ابن المواز أنه لا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها، قال: وهى الرواية المشهورة عن مالك وبها العمل، واختاره المتأخرون من البغداديين وغيرهم، وتسقط حضانة

الحاضنة بتزويجها ودخول الزوج بها، فإن لم يدخل بها الزوج لم تسقط، فإذا دخلت سقطت حضانتها.

**ويكتب فى ذلك إذا دفعته لوالد:** عقدٌ دفعت فلانة إلى مطلقها فلان ابنها منه فلانا الصغير ليكون فى حضانته وكفالته بعد وجوب ذلك له بتزويجها ودخول الزوج بها باعترافها بذلك فقبضه منها، وصار عنده على الوجه المذكور، وأشهد بذلك فى كذا.

**بيان:** ولا تعود الحضانة إليها إن طلقت بعد ذلك على المشهور وهى رواية ابن القاسم عن مالك فى «المدونة» و «العتبية»، وقيل عنه فى غيرهما: أنها تعود إن طلقها الزوج أو مات، قال ابن رشد: وهو قول المغيرة وابن دينار وابن أبى حازم ووجه هذا القول أنه رأى أن التزوج من الضرورة فجعله عذراً كالمرض وانقطاع اللبن فإنها ترجع إذا زال عذرها بلا خلاف، قال: وقد قيل: إن حقها فى الحضانة لا يسقط بالتزويج إلا فى جهة من حضن الولد فى حال كونها مع الزوج، فإن خلت من الزوج ثم مات بعد ذلك الحاضن كان لها أخذ ولدها وكانت أحق بالحضانة من غيرها، وهذا الاختلاف كله على القول بأن الحضانة حق للحاضن، وأما على القول بأنها حق للمحضون فلها أن تأخذ ولدها إذا خلت عن الزوج قولا واحد، وكذلك إن أسقطت الحاضنة فيه فإنها لا تعود لها بعد ذلك وإن كانت أسقطتها العذر من مرض أو سفر أو غير ذلك فإنها تعود إليها بعد ذلك إذا ارتفع العذر، وسأل ابن رشد فى حاضنة سافرت إلى موضع فلم يكن لها حمل المحضون فتركته لأبيه من أجل سفرها ثم رجعت عن قرب أو

بعد هل ترجع على حضانتها أم لا؟ وكيف إن كان خروجها إلى الضائفة ثم ترجع هل لها ذلك؟ فأجاب: لا يسقط ذلك حقها في الحضانة، ولها أن تأخذ ابنها إذا رجعت من سفرها كما لو تركت حضانتها لأبيه لانقطاع لبنها أو لمرضها، فإن لم تصرح بإسقاط الحضانة وتركت المحضون عند والده العام وأزيد فذكر ابن رشد أنه يحكم عليها بسقوطها، قال، وقال ابن نافع: لها أن تأخذه، ومثله لابن القاسم في «المدونة» أن لها أن تأخذه إلا أن يكون عرض عليها فأبت أن تأخذه، قال: وهذا على الاختلاف في السكوت هل هو كالإقرار والإذن أم لا؟ وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم، وسأل أيضاً ابن رشد -رحمه الله تعالى- في رجل طلق زوجته وله منها بنت فتزوجت الزوجة وترك الأب الابنة مع أمها بعد أن تزوجت مدة من ثلاثة أعوام ثم أراد أخذها، فقال: إذا ترك الأب الأبنة مع أمها المدة المذكورة فهو رضا منه بتركها ومسقط لما وجب له من حضانتها، والواجب أن ترد إلى أمها ويجرى الأب عليها النفقة، وهى رواية وجدتها في «كتاب أبي إسحق التونسي»، وفى «سماع أشهب»: سئل مالك - رضى الله تعالى عنه- عمن أوصى بابنته إلى ولى فتركها مع عمتها حتى بلغت الجارية أو كادت أن تبلغ ثم تزوجت العمة فطلبتها الجدة أو أمها وأرادت أخذها وأرادت الجارية أن تكون مع عمتها ورضى بذلك الولي؟ قال: أرى أن تترك مع عمتها إذا أحبت الجارية ورضى بذلك الولى ولا تأخذها الجدة، وفى «كتاب الاستغناء»: حكى بعض الشيوخ أن اليتيم إذا كانت له جدتان للأب وجدة للأم ولم يكن معه إلا دار قيمتها عشرون دينار أو نحوها فأرادت الجدة للأم بيعها عليه لتنفق ثمنها عليه فقالت جدة الأب أنا أنفق عليه من مالي،

ويكون معى وتكون له داره رفقاً به، وليس له مال ينفق عليه منه عند جدة الأم أن جدة الأم أولى بالحضانة، وقال المشاور: ينظر إلى الأرفق بالصبى فإنهما أولياء جميعاً، وقال فى حضانة أولاد السؤال والفقراء ومن لا قرابة لهم ينظر فى ذلك السلطان للأصاغر بالأحوط وما يراه صلاحاً لهم من أحد الأبوين، وليس للحاضنة أن تنقل محضونها من موضع سكنى الأب إلا فيما يقرب نحو المسافة التى تقصر فيها الصلاة، قال ابن مغيث: إذا انتقل الأب أو غيره من أولياء الطفل الوصى وغيره من السكنى فى البلد الذى فيه حاضنة الطفل لزم الحاضنة السفر معه للسكنى بالمحضون مع الولى هناك إذا كان بينهما مقدار ستة برد وما يقرب منها رضيعاً كان الطفل أو غيره، وقال أصبغ: بريدين فإن لم تسافر معه سقطت حضانتها وإن كان السفر أقل من ذلك لم تسقط فى قول مالك، ولم يلزم الحاضنة الانتقال معه، وبذلك مضت الفتوى من الشيوخ، وقال بعض الشيوخ: إذا كان الانتقال إلى موضع مخوف من عدو أو ثغر مخوف أو كان فى الطريق خوف فإن كان ذلك فليس له أخذه، قاله فى «الاستغناء» وكذلك ركوب البحر بالمحضون هل للولى ذلك أم لا؟ فى ذلك اختلاف، والأصح أنه له ذلك قال ابن أبى زمنين: ولا يحكم بأخذه المحضون للسفر به حتى يثبت استيطانه عند حاكم البلد الذى رحل إليه، حكاه عن بعض شيوخه.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ يعرف شهوده فلانا، ويعلمون أنه قد استوطن مدينة كذا ستة أشهر تقدمت بنفسه وماله وحالته متصلة على ذلك فى علمهم حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

**بيان:** وأنكر هذا غير واحد من الشيوخ، وقالوا : ليس عليه أن يثبت الاستيطان، قال ابن مغيث: وإذا أراد الرجل من البلد الذى فيه الحاضنة إلى بلد آخر ليسكن فيه حكم له بأخذ بنيه من الحاضنة، ويرحل بهم إذا عرفت حقيقة ذلك، وكان بين البلد الذى يخرج منه، والذى يرحل إليه مسيرة ستة برد أو ما يقرب منها، قاله مالك فى «كتاب محمد»، وبه مضت الفتوى عند الشيوخ، قال فى «المجموعة»: وعليه اليمين أنه يريد الاستيطان، وليس عليه أن يثبت استيطانه، وعلى ذلك يدل قول ابن القاسم واستحسنه ابن الهندى وغيره من الشيوخ، فإن كان سفره سفر نزهة أو تجارة فليس له أخذهم ولا يحكم له بذلك، وتسقط الحضانة بأن يثبت أن الحضانة غير مأمونة على الحاضنة ولا مشتغلة بها.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ يعرف شهوده فلانة وابنها الصغير فلان بن فلان الكائن فى حضانتها معرفة تامة، ويعلمون أنها غير مستحقة لحضانته ولا مأمونة عليه ولا مشتغلة بذلك، وأن الابن المذكور معها ضائع فى غير حرز ولا كفالة وحالته متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

**بيان:** إذا ثبت هذا الرسم فإن الحضانة تسقط وتنتقل إلى من هو أحق بها ممن هو مأمون، قال ابن أبى زمنين: وكل من له الحضانة من أب أو ذات رحم أو عاصب وليس له كفالة ولا موضعه بحرز ولا يؤمن فى نفسه فلا حضانة له، وتنتقل لمن فيه تلك الأوصاف قرب أو بعد، فربَّ والدٍ يضيع أولاده ويدخل عليهم رجالاً يشربون فينتزعون منه، فإن أسقطت الحاضنة حضانتها وأسلمت المحضون إلى والده.

**فيكتب فى ذلك:** عقدٌ أشهدت فلانة على نفسها أنها أسقطت الحضانة الواجبة لها فى ابنها أو حفيدها فى ابنها أو ابنتها إسقاطاً تاماً أبدياً وأسلمته إلى والده فقبضه، وصار عنده وفى كفالته، ولم يبق لها فى حضانته حق وشهد على فلانة وصهرها المذكورين بما فيه عنهما فى كذا.

**بيان:** إذا ادعى الأب على الحاضنة أنها اسقطت الحضانة وأنكرت هى ذلك فعليها اليمين، قاله ابن الهندي، ويلزمها هذا الإسقاط ولا يعود الابن إلى حضانتها إلا باختيار والده، وإن التزمت نفقته وكسوته على أن يعود إلى حضانتها بعد سقوطها لزمها ذلك كان سقوط حضانتها بإسقاطها أو لسفر أو غير ذلك، فإن ماتت الأم لم يتبع بذلك ورثتها فى تركتها، وقيل: ذلك دين يؤخذ من تركتها، والأول أصح كما لو مات الأب وقد صالحها عن نفقة الحمل أو الرضاع لم يتبع بشيء من ذلك. وإذا صالح الأب الحاضنة على مال دفعه إليها على أن تسقط حضانتها فالصلح جائز، ولا قيام لأحدهما على صاحبه، فإن قام عليها فى المال رجعت فى حضانتها وقد نزلت ببلاد بعض الأندلس واختلف فيها بعض الشورى، وأفتى ابن رشد أن ذلك جائز، ويلزمها ذلك على القول بأن ذلك حق لها ولا يكون لها أن ترجع فيه، ولا يلزمها على القول بأن ترجع فيه، ولا يلزمها على القول بأن ذلك حق للولد، ويكون لها أن ترجع فيه، وسواء كان ذلك على عوض أو على غير عوض ويرجع العوض لصاحبه إن كان عرضاً، قال: ولا وجه لمن منع ذلك الصلح وزاد أنه يجوز أن تترك الحضانة على ثمرة لم يبد صلاحها وما أشبه ذلك من الغرر إذ ليس ذلك بمبايعة، وإنما هو صلح وإذا قال الأب: ليس لى ما أنفق ويكون أولادى يأكلون

معى فله ذلك ويبيتون عند الحاضنة بالليل، وكذلك إن كان صانعاً وأراد أن يعلمهم بالنهار فله ذلك، ولا نفقة للحاضنة ولا أجرة على حضانتها، وقيل: لها ذلك، ولها السكنى مع المحضون دون كراء، وقيل: تغرم حظها فى الكراء.

## فصل

ويلزم الأم إرضاع ولدها إلا أن تكون مريضة أو غير ذات لبن أو شريفة لا يرضع مثلها فيكون على الأب أن يأتى لها بمن يرضعه،فإن طلقها الأب فإنه يؤدى لها أجرة الرضاع على قدر حاله فى العسر واليسر، فإن لم ترض بما فرض لها كان للأب أخذه ويدفعه لمن يرضعه، فإن لم يقبل غيرها أو كان الأب معسراً لا يقدر على أجرة كان عليها إرضاعه باطلاً أو بما يقدر عليه، وإن كان موسراً ووجد من يرضعه بأقل من الأجرة المفروضة عليه فهل لها أخذه أم لا؟ فى ذلك قولان، وإن مات الأب فإنها ترضعه بأجرة تأخذها من مال الطفل، فإن لم يكن له مال لزمها إرضاعه باطلاً، وإذا أبت الأم إرضاعه فأرادت دفعه إلى أبيه فإنه لا يؤمر بأخذه حتى يجد من يرضعه.

## فصل الرضاع

والرضاع كالنسب يحرم منه ما يحرم من الولادة، فإذا أرضعت امرأة صبياً حرمت عليه لأنها أمه وحرم عليه جميع بناتها التى أرضعتهن قبله أو بعده لأنهن أخواته، وكذلك سائر قراباتها هم منه بمنزلة قرابات أمه من النسب، وصاحب اللبن بمنزلة أبيه تحرم عليه أخواته لأنهن عماته وأمه وبناته، وإن كن من غير تلك المرأة المرضعة لأنهن أخواته لأبيه، وكذلك سائر قراباته هم منه بمنزلة قرابات أبيه من النسب فقس على ذلك، ويجوز أن يتزوج أخو الطفل المرضع من النسب أخت المرضع وأمه من الرضاع لأنه أجنبي، وإنما يقدر الطفل المرضع خاصةً ولداً لصاحبة اللبن وصاحبه، ومن أرضعت طفلاً كان زوجها حرمت على صاحب اللبن لأنها زوجة ابنه، ومن أبان صغيرة حرم عليه من يرضعها لأنها أم زوجته.

والرضاع الذى يحرم هو ما كان فى الحولين وما قاربهما كالشهر والشهرين، فإن فطم فى نفس الحولين أو بعدهما واستغنى بالطعام ثم وقع الرضاع بعد ذلك فلا يحرم، ويعتبر فيه ما وصل إلى الجوف برضاع أو سعوط أو كحل أو وجور أو غير ذلك، وفى الحقنة قولان، وسواء كان اللبن من حية أو ميتة صغيرة أو كبيرة يائسة أو غيرها إلا أن يكون لا يوطأ مثلها لصغرها فإنه لا يعتبر، وكذلك لبن الذكور والبهائم لا يعتبر أيضاً، وكذلك إن كان مختلطاً بماء أو طعام أو دواء حتى استهلك عينه فلا يعتبر عند ابن القاسم، فإن كان لم يستهلك عينه فإنه يحرم، وإذا أرضعت المرأة صبيا ثم تزوجها زوج ثان واللبن مستصحب فاللبن

لهما معاً، وإذا وطئت بشبهة فأتت بولد محتمل فاللبن لمن يَنسب إليه الولد، وقال محمد: لهما معاً، فإن كان من وطء يحد فيه فهل يعتبر أم لا؟ فى ذلك قولان.

ويثبت الرضاع بشاهدين وبامرأتين بشرط أن يكون ذلك فاشياً من قولهما قبل العقد على المشهور، فإن لم يكن فاشياً فقولان، والرجل والمرأة مثلهما، وفى المرأة الواحدة إذا كان ذلك فاشياً من قولها قبل العقد قولان:

أحدهما: أنه لا يفسخ بذلك رواه ابن حبيب عن ابن القاسم.

والثاني: أنه يفسخ بذلك، وهو فى «المدونة»، قاله ابن فتحون وهو أظهر، وإن لم يثبت يستحب للزوج التتره عنه، وإن كان بقول أجنبية فإن أقر الزوج بذلك انفسخ النكاح كان إقراره قبل الدخول أو بعده.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ أشهد فلان على نفسه أن زوجته فلانة كانت قد تزوجها ولم يعلم أن بينهما حرمة رضاع وأنه أعلم الآن أن فلانة أرضعتهما معا وأنها أخته من الرضاع، وصح ذلك عنده ففارقها وانفسخ النكاح بينهما إذ هى محرمة عليه بالرضاع، وأشهد بذلك فى الصحة والجواز فى كذا بمحضرها وموافقتها على ذلك.

**بيان:** إن وقع هذا الفسخ بعد الدخول فعليه صداقها كاملاً، وإن كان قبله فعليه نصفه ولا يسقط عنه إلا أن توافقه الزوجة لأنه يتهم على ذلك، وإن أقرت بذلك الزوجة دونه فإن كان قبل الدخول فإنه يفسخ، وإن كان بعده فلا يفسخ، ولا يقبل قولها فى ذلك.

**ويكتب فى إثبات ذلك:** عقدٌ يعرف شهوده فلاناً وفلانة الزوجين المذكورين فى كذا بالعين والاسم المعرفة التامة، ويعلمون أنهما إخوان من الرضاعة أرضعتهما فلانة فى حولى رضاعهما يتحققون ذلك ولا يشكون فيه، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإن شهد فيه امرأتان وكان ذلك فاشياً،

**فيكتب فى ذلك:** عقدٌ يعرف شهوده الزوجين فلاناً وفلانة المذكورين فى كذا ولم يزالوا يسمعون سماعاً فاشياً من أهلهما وجيرانهما أنهما إخوان من الرضاعة أو لم يزالوا يسمعون الشهيدتين فى الرسم فوقه فلانة وفلانة تقولان قبل عقد النكاح بين الزوجين المذكورين أن فلانة أرضعت الزوجين المذكورين فى حولى رضاعهما، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت ذلك وأعذر إلى الزوجين فلم يكن لهما فى ذلك مدفع فسخ النكاح.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ ثبت عند القاضى فلان -وفقه الله- الرسمان المقيدان بكذا، وزوجية الزوجين المذكورين كل ذلك على أعيانهما وأعذر إليهما فى ذلك فلم يكن عند أحد منهما مقال فى ذلك، فاقتضى نظره أن فسخ النكاح المنعقد بينهما لثبوت ما ذكر فيه وقضى بحله، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار كما ذكر، وشهد على القاضى -وفقه الله- بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده به فى موضع نظره، وأشهد الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

## العيوب في أحد الزوجين قديمها وحديثها

وهى فى الرجال أربعة: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج، فأما الجنون فسواء كان جنون إطباق أو إفاقة أو وسواس أو خنق الحكم فيه واحد، ويجب فيه الرد فإن كان من نفسه ولا يخاف عليها منه ففيه قولان، والجذام والبرص كذلك يجب الرد من قليله وكثيره. وأما داء الفرج فى الرجل بأن يكون مجبوباً أو خصياً أو عنيناً فالمجبوب المقطوع ذكره وأنثياه، والخصى المقطوع أحدهما، والعنين الذى له ذكر صغير لا يمكنه الجماع به لصغره، قال ابن حبيب: أو أن يكون حصورا كالذى خلق بذكر صغير كالزر وهو نحو العنين، ويلحق بذلك المعترض وهو الذى لا يقدر على الوطء لعلة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء، وربما اعترض عن امرأة دون أخرى فإذا اطلعت امرأة على أن بزوجها أحد هذه العيوب الأربعة قبل البناء أو بعده وأحبت فراقه رفعت أمرها إلى السلطان فيطلقها عليه، وقيل: توقع عليه الطلاق دون أمر السلطان، والأول أصح، قاله ابن فتحون.

**ويكتب فى ذلك عقد ونصه:** حضرت عند القاضى فلان فلانة، وذكرت أن زوجها فلاناً اطلعت بعد نكاحها معه على أنه مجبوب أو خصي، وحضر معها وأقر بذلك، وثبت إقراره عند القاضى أو أنكر ذلك، وكلفها إثباته فثبت ذلك عنده على نحو ما ذكروه، ودعت إلى الفراق فطلقها عليه طلقة واحدة بانت بها عنه بعد أن ثبتت لديه زوجيتهما على أعيانهما، وأعذر فى ذلك إلى من يجب بما وجب أن يعذر به فلم يكن عند من أعذر إليه مقال ولا مدفع، وحكم بذلك وأنفذه، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهد به، وأشهده

الزوجان بما فيه عنهما فى كذا. فإن كان العيب مما يرجى زواله وذلك كالجنون والجذام والبرص والاعتراض فلا تطلق عليه إلا بعد أن يؤجله فى معالجة ذلك عاماً، فإن انقضى العام و لم يبرأ فحينئذ تطلق عليه، وإن كان عبدا فيؤجل عاماً أيضاً، وقيل: ستة أشهر فيثبت عند القاضى عقد نكاحهما ومقالة الزوجة وجواب الزوج، فإذا ثبت العيب عند القاضى بإقرار الزوج أو بغير ذلك فيكتب بأسفل العقد رسم الأجل، **ونصه:** أجل القاضى فلان فلاناً الزوج المذكور فى كذا فى معالجة دائه المسمى بكذا والتداوي له أجلاً من عام كامل أوله كذا بعد ثبوت ذلك لديه وثبوت زوجيتهما على أعيانهما، وشهد على القاضى بما فيه عنه فى كذا، فإذا انصرم الأجل وبرئ بقى مع امرأته وإن لم يبرأ أمره بالطلاق فإن أبى طلقها عليه.

**ويكتب فى ذلك بأسفل رسم، الأجل ما نصه:** لما انصرم الأجل المقيد فى كذا فحضر عند القاضى فلان الزوجان فلان وفلانة المذكوران فى كذا فأمر الزوج المذكور ببقاء دائه المسمى بكذا ويأسه من معالجته، وثبت إقراره لديه بذلك، وسألت منه الزوجة النظر لها فأمره بطلاقها فأبى ذلك وامتنع فطلقها عليه طلقة واحدة قبل البناء أو بعده بانت بها منه وحكم بذلك، وأنفذه بعد الإعذار كما يجب، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به وأشهده الزوجان بما فيه عنهما وعرفهما فى كذا.

**بيان:** وما حدث من هذه العيوب بعد انعقاد النكاح فحكمه حكم ما كان به قبل النكاح تطلق عليه الزوجة إذا دعت إلى ذلك إلا الاعتراض وحده فلا تطلق عليه إذا كان قد وطئها ولو مرة واحدة، وترد بالقليل والكثير من ذلك

والحادث والقديم إلا البرص الحادث بعد العقد فلا تطلق عليه على المشهور إلا أن يكون كثيراً تشق رؤيته ولا يمنع المعترض من البناء، فإن ادعى أنه أصابها فى خلال الأجل فالقول قوله مع يمينه، ويمنع من ذلك المجنون والمجذوم والمبروص ويجلس المجنون فى الحديد إن خيف عليها منه، ولا نفقة لها فى خلال الأجل إن طلبتها قبل البناء، قاله ابن رشد، وإذا أنكر الرجل أن يكون به عيب وادعته المرأة فيثبت الجنون والجذام والبرص فيه بالمشاهدة إن كان فى غير عورة، فإن كان فى العورة ففى ذلك قولان:

**أحدهما**: أنه يصدق فى ذلك ولا ينظر إليه.

**والثاني**: أنه ينظر إليه الرجال كما ينظر النساء إلى المرأة من ضرورة، وأخذ به بعض الشيوخ، والمجبوب والخصى يعتبر بالجس على الثوب أو ينظر إليه الرجال على أحد القولين. وأما المعترض فهو مصدق عند مالك -رضى الله تعالى عنه- والقول قوله فى ذلك دون يمين. وقال ابن عبد الحكم وأصبغ: لابد أن يحلف، قال القاضى أبو محمد: وهذا فى الثيب، وأما فى البكر فينظر إليها النساء على أحد القولين، وللمرأة رد الرجل أيضاً إذا انتسب وألفته لقيةً أو عبداً، وكذلك إن انتسب لقريش أو فخذ من العرب وشرط لها ذلك فوجدته على خلاف ما ذكر فلها الرد إن كان أدنى مما اشترطت، فإن كان أفضل مما شرط فلا خيار لها، وإن كان أدنى مما اشترطت وكان مثلها فى النسب ففى ذلك قولان، وكذلك للرجل ردها بما ذكر وهما سواء فى ذلك.

## فصل

وإذا اشترط الرجل السلامة فى المرأة فله ردها بكل عيب يجده بها باتفاق، وإن لم يشترط ذلك فله ردها عند مالك -رضى الله تعالى عنه- من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج وعند غيره مع ذلك من السواد، قاله ابن حبيب: إذا كان أهلها بيضا ومن القرع لأنه يستتر ومن نتن الفم والأنف، والظاهر من قول مالك -رضى الله تعالى عنه- أنها لا ترد من ذلك ولا ترد من عمى ولا عرج ولا شلل ولا غير ذلك من العيوب باتفاق إلا أن يشترط السلامة كما تقدم.

وداء الفرج بالمرأة كل داء يكون فى الفرج مما يمنع الوطء كالقرن والرتق أو لا يمنعه كالعفن والنتن والاستحاضة والإفضاء وهو اتحاد المسلكين، والعفن شيء يخرج فيه كالأدرة، والقرن عظم ناتئ فيه يمنع الوطء، فإن كان شيء من هذه العيوب خفيفاً فقال مالك: ترد به، وقال ابن حبيب: لا ترد به إلا أن يمنع اللذة، وفى «المدونة»: وما علم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج ردت به حتى وإن جامع معه ولا ترد المرأة إلا بما كان بها من هذه العيوب قبل العقد، وما حدث بها بعد العقد فلا ترد به بخلاف الرجل، وهى مصيبة نزلت به.

وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل -رحمة الله تعالى- فى صبية تزوجها رجل فغصبت نفسها قبل أن يبنى بها واقتضت فقال: هى مصيبة نزلت بالزوج فإن شاء بقى معها، وإن شاء طلق وأدى نصف الصداق فإن ظهر بها جذام أو غيره فادعى الزوج أن ذلك كان بها قديماً، وقال الأب: بل حدث بعد العقد، فإن

كان قبل البناء فالقول قول الزوج وعلى الأب البينة، وإن كان بعد البناء فالقول قول الأب وعلى الزوج البينة قياساً على البيوع، ذكر ذلك ابن رشد، قال بعض المتأخرين: وقد وهم فى ذلك ابن فتحون فذكر خلافه فإذا اطلع الرجل على أن بالمرأة أحد العيوب المذكورة وكان بها قبل عقد النكاح وأحب الفراق رفع أمره إلى السلطان فيحكم له بالرد فى الحال إن كان لا يرجى برؤه، وإن كان يرجى برؤه فيؤجلها فى الجنون والجذام والبرص سنة، وفى الرتق وغيره من عيوب الفرج على قدر الاجتهاد، قال ابن فتحون: وأجل فى ذلك شهرين.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ حضر عند القاضى فلان -وفقه الله- فلان الزوج المذكور فى كذا، وذكر أنه اطلع بعد عقد النكاح بينه وبين زوجته المذكورة فيه أن بها عيباً كانا بها من قبل العقد جنوناً أو جذاماً، وحضرت معه وصدقته فى ذلك، وثبت إقرارها بذلك وزوجيتهما على أعيانهما فأجلها فى معالجة نفسها من الجنون والبرص عاماً أوله كذا أو من الرتق أجلا من شهرين، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وتأجيل من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا، فإذا انصرم الأجل ولم تبرأ وأحب الزوج الرد، **فيكتب فى ذلك ما نصه:** لما انصرم الأجل المقيد بكذا وحضر عند القاضى فلان -وفقه الله تعالى- الزوجان المذكوران فيه، وأقرت الزوجة ببقاء عيبها واليأس من معالجته وثبت إقرارها بذلك عنده، وسأل منه الزوج النظر اقتضى نظره أن أباح له مفارقتها إن شاء ففارقها بطلقة قبل البناء بها، وسقط عنه بذلك جميع مهرها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار كما يجب، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

**بيان:** فإن أنكرت المرأة العيب فإن كان ظاهراً بها مثل الجذام والبرص بوجهها وكفيها نظر إليها الرجال، قال ابن الحاج: ويسئل الأطباء فى الجذام أنه قبل عقد النكاح كما يشهدون أنه قبل عقد البيع ولا يمين على الزوج كما قيل فى الشهادة فى الحيطان بدليل العيان لأن شهادة الأطباء قطع بقدمه، وإن كان فى سائر بدنها أثبته بالنساء، فإن كان بالفرج فلا ينظر النساء وهى مصدقة عند ابن القاسم، وقال سحنون: ينظر إليها النساء، قال ابن مغيث: وهو ظاهر ما فى النكاح الأول من «المدونة»، ومقتضى إطلاق ما رواه ابن وهب، وقال بعض الشيوخ: معنى ذلك أن تجلس المرأة وخلفها امرأتان، وتجعل المرآة أمام فرجها وتكون معاينة المرأتين فى المرآة فلا يخفى من داء الفرج شيء، قال: وهو وجه حسن، قال ابن فتحون: نظر الرجال إلى عورة الرجل جائز للضرورة كما ينظر النساء إلى المرأة، وحكى الباجى نحوه، وترد المرأة أيضاً إذا وجدها عذيوطة وهى التى يكون منها الحدث عند الجماع لأن ذلك عيب فى الوطء وإن لم يكن من عيب الفرج، ولها أن ترد الرجل بمثل ذلك وقد نزل ذلك فى زمان أحمد بن نصر وهو ممن سمع من محمد بن سحنون، واختلف فى ذلك الزوجان، ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه، فقال: يطعم أحدهما تينا والآخر فقوساً فيعلم ممن هو منهما. فإن تزوجها على أنها بكر فألفاها غير عذراء فلا يردها، روى ذلك ابن حبيب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- إلا أن يشترط عذراء لأن اسم البكارة واقع عليها، وإن زنت، وأخذ به جماعة من الشيوخ، قال الشيخ أبو الوليد: ويردها إن كانت ثيباً من زوج وطئها وكتم ذلك لأن اسم البكارة قد ارتفع عنها، وحكى ابن القطان أنه يردها وإن لم يشترط عذرة.

وفى «مسائل القاضى أبي الوليد بن رشد»: سئل فيمن تزوج فى وقتنا هذا وشرط أنها بكر ولم يشترط عذراء والبكر عند عامتنا إنما هو بقاء العذرة، وعليه يدخل من شرط فى امرأته أنها بكر فيجدها موطوءة هل له فى ذلك مقالة؟ فقال: اختلف أهل العلم فى هذه المسئلة فلم يعذره أشهب بالجهل فى ذلك إذا قصر فى أمره وترك أن يتثبت فى ذلك ويسئل، فرأى الشرط لا ينفعه إلا أن يشترط عذرا أو يكون فى الشرط بيان مثل أن يقول: فإن لم أجدها بكراً رددتها، وهو مذهب سحنون، فقد قال فى رجل جاهل من الأعراب وقف فى السوق فساوم فى رأس من الرقيق فقال للتاجر: هل فيه من عيب؟ فقال له التاجر: هو قائم العينين فأخذه على ذلك وذهب به ونقد الثمن، فسأل عن القائم العينين، فقيل له: هو الذى لا يبصر بهما وهو عيب، أنه لا ينتفع بجهله، والبيع له لازم. قال الراوي: ولقد عاودته مراراً فيها فأبى إلا ذلك، وقد قيل: إنه يعذر بجهله فى ذلك، ويكون له ردها إن لم يجدها عذراء وهو ظاهر قول أصبغ، والذى يأتى على مذهب ابن القاسم فى الذى يشترى الياقوتة وهو يظنها ياقوتة فإذا هى غير ياقوتة أن له أن يرد البيع خلاف رواية أشهب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وهو أظهر القولين وأولاهما بالصواب، ولا يحد الزوج إن قال: وجدتها غير عذراء إلا أن يصرح أن ذلك كان عن زنا لأن العذرة تسقط بالوثبة والسقط، قال فى «غريب ابن عبيد»: وبالحيضة والتعنيس، فإذا ذهبت بشيء من ذلك فينبغي لوليها إشاعة ذلك فى صغرها.

**ويكتب فى ذلك:** عقدٌ أشهد فلان على نفسه أن ابنته الصغيرة فلانة أو أخته رقت فى درج أو سلم فسقطت منه وذهبت عذرتها فأشاع بذلك وأعلن به لئلا

يظن بها غير ذلك، وليرتفع العار اللاحق لها عند تزوجها فى كبرها، وشهد على إشهاده بذلك من عرفه، ويعلم صغر البنت، وفى كذا.

**بيان:** قال ابن فتحون: وينبغى للولى عند عقد نكاحها أن يعلم بذلك الزوج، فإن لم يفعل فهل له الرد؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أنه لا يرد وهو ظاهر قول أشهب، والثانى أنه يرد، حكاه ابن العطار، قال ابن فتحون: وهو الصواب عندى لأنه عيب قد علم به يجب أن يبينه بخلاف المسألة الأولى فإنه لم يعلم به.

وفى كتاب «الاستغناء»: سئل عبد الرحمن بن عيسى عن جار له بكر زوجها أبوها فاتت بولد لأربعة أشهر فذكر ذلك لها، فقالت: إنى كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذي، وذكر الزوج أنه وجدها عذراء، فأجاب فيها: أنها لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال، ويفسخ النكاح ولها المهر كاملاً إلا أن تكون علمت بالحمل وغرت فلها قدر ما استحل منها.

## الإيلاء، والظهار، واللعان

**الإيلاء فى اللغة:** الحلف، وفى الشرع : الحلف على ترك الوطء فى الزوجة بالله أو بغير ذلك من الأيمان أكثر من أربعة أشهر أو مدة غير معينة، فإن حلف على أربعة أشهر فأقل فليس بمول، وسواء كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وقد جعل الله له تربص أربعة أشهر والعبد على النصف من الحر فى

ذلك، فإذا انقضت أربعة أشهر وطلبته الزوجة بما يجب لها رفعته إلى السلطان فإن فاء وإلا طلقت عليه.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** حضرت بمجلس القاضى فلان -وفقه الله- فلانة وذكرت أن زوجها فلاناً آلى منها واعتزلها وترك مسيسها منذ خمسة أشهر تقدمت وحضر زوجها فلان المذكور ووافقته على ذلك فأقر به وثبت إقراره بذلك عنده وزوجيتهما على أعيانهما، ودعت الزوجة إلى النظر لها فخيره القاضى فى الفيئة أو الطلاق فأبى من ذلك، فعرض عليها الصبر فى ذلك فأبت، ودعت إلى الفراق فطلقها عليه القاضى طلقة واحدة بعد البناء بما يملك بها رجعتها إن قام فى عدتها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليها كما يجب، وأشهد القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

**بيان:** وإن كان ذلك قبل البناء فإنها تبين منه ولا يكون له عليها رجعة، والفيئة هو الوطء على المشهور،والأجل فى ذلك من يوم الحلف فإن أنظرته المرأة بعد انقضاء الأجل إلى أجل آخر، فإن لها أن تطلق عليه عند ذلك، ولا يستأنف لها السلطان ضرب الأجل وكذلك امرأة المعترض بخلاف امرأة المعسر بالنفقة إذا ضرب لها أجل وأخرته فإنها لا تطلق عليه إلا بعد أن يضرب لها السلطان أجلاً آخر، وإن كان مريضاً أو مجنوناً فإنه يؤخر حتى يزول عذره ولا يؤجل، وكذلك إن كان شيخاً فانياً أو معترضاً أو مجبوباً أو خصياً فلا حكم لإيلائه، فإن حلف بطلاق امرأته على شيء أن يفعله، قال ابن فتحون فإن كان شيئاً ممكناً فى الوقت مثل أن يقول: إن لم أدخل الدار فأنت طالق ونحوه، فإن

السلطان يحول بينه وبين زوجته لأنه على حنث ويضرب له أجل الإيـــلاء، وإن كان المحلوف عليه غير ممكن فى الوقت مثل أن يقول إن لم أحج أو نحو ذلـــك فإنه يترك معها ولا يحال بينهما، فإذا أمكنه ذلك حيل بينه وبينها وضرب لـــه أجل الإيلاء والأجل فى هذا من يوم ترفعه المرأة بخلاف الإيلاء المتقدم، فإنه من يوم الحلف فإن ترك الوطء مضاراً من غير حلف أمر بإزالة ذلك والعود إليه مرة بعد أخرى، فإن تمادى على ذلك فرق بينهما بعد التلوم، وقيل: بعد أجل الإيلاء وكذلك إن سرمد العبادة فإن ذلك لا يسقط حق الزوجة فى الـــوطء ويـــؤمر بجماعها، فإن تمادى كان مضاراً وطلقت عليه، قال حمديس: ولم يجد مالك فى ذلك حد، أو قال: إن جامع وإلا فرق بينهما، وقال ابن حبيب: يخلو معهـــا فى كل أربع ليال ليلة وهو قسم المرأة مع ضرائرها.

وفى كتاب «الاستغناء» يقضى للرجل على زوجته من الجماع إذا تحاكما فيه بأربع مرات فى الليلة وأربع فى اليوم.

## فصل

والظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت على كظهر أمي فيحرم عليه وطؤهـــا والتلذذ بشيء منها حتى يكفر، وإن كان ممن ينهم فلا يترك يخلو بها، وكـــذلك إن ذكر عضوا غير الظهر أو غير الأم من ذوات المحارم فذلك كله ظهار، فـــإن ذكر أجنبية ففى ذلك خلاف، فإن لم يذكر ظهرها فقيل: يكون ظهاراً، وقيل: يكون بتاتاً، فإن ذكر الظهر فى الأجنبية فهو ظهار والكفارة تخرجه من ذلـــك، فإن لم يكفر وأبت الزوجة الصبر عليه ورفعته إلى السلطان تلوم له فى ذلك المرة

بعد المرة، فإن لم يفعل ضرب له أجل الإيلاء من يوم ترفع أمرها إلى السلطان على المشهور، وقيل: من يوم ظاهر، وبالأول القضاء.

**ويكتب فى ذلك:** حضرت عند القاضى فلان -وفقه الله تعالى- فلانة وذكرت أن زوجها فلاناً ظاهر منها منذ كذا، واعتزلها وحضر معها زوجها المذكور فأقر بذلك، وثبت إقراره بذلك عنده وزوجيتهما على أعيانهما، وسألت منه الزوجة النظر لها فخيره السلطان فى الكفارة والعود إليها أو الفراق، وتلوم له فى ذلك المرة بعد الأخرى وهو متماد على إبايته وإضراره، فضرب له القاضى فى ذلك أجل المولى أربعة أشهر أولها كذا، وأشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وتأجيل من أشهده الزوجان بما فيه عنهما، وعرفهما فى كذا، فإذا انقضى الأجل وتمادى على إضراره طلقت عليه.

**ويعقد فى ذلك ما نصه:** لما انصرم الأجل المقيد بكذا وحضر عند القاضى فلان -وفقه الله- الزوجان المذكوران فلان وفلانة وأقر الزوج أنه لم يكفر حتى الآن فثبت إقراره بذلك عنده، وسألت الزوجة النظر لها اقتضى نظر القاضى إن طلقها عليه طلقة واحدة يملك رجعتها إن كفر فى عدتها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إلى كل واحد منهما كما يجب، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهداء الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

**بيان:** اختلف فى العود ما هو، فقيل: هو الوطء نفسه، وقيل: العزم على الإمساك، وقيل: إرادة الوطء، قال ابن فتحون: وهو الأظهر، فإن لم يقدر على الكفارة أو كان ممن لا يصح منه وطء كالخصى والمجبوب والعنين والشيخ الفانى

فلا قيام للزوجة فى ذلك ولا يؤجل، والكفارة مترتبة على نص الآية والصيام فيها متتابع، والإطعام على الشبع مدّ لكل مسكين بمدّ هشام، وهو مد وثلثان من مدّه عليه الصلاة والسلام من عيش أهل البلد الغالب.

## فصل

واللعان بين كل زوجين وهو أن يدعى أن زوجته زنت أو ينفى نسب حمل بها أو ولدها، ويحلف على ذلك، وتحلف الزوجة على تكذيبه، فإذا ادعى أنه لم يطأ زوجته قط أو لمدة لا يلحق فيها النسب لكثرة أو لقلة أو ادعى أنه رأى امرأته تزنى أو أنه استبرأها قبل الحمل الذى بها و لم يطأها بعد فأنكرت هى ذلك وترافعها إلى السلطان وجب اللعان.

**فيكتب مقال الزوجين ونصه:** تقول فلانة بنت فلان أن زوجها فلاناً قذفها أو نفى حملها وحضر زوجها المذكور ووافق على ذلك، وقال: إنه رأى زوجته المذكورة تزنى أو أنه استبرأها قبل الحمل الذى بها بحيضة و لم يطأها بعد، ونفى نسب الحمل المذكور، وأنكرت هى ما ادعاه من ذلك الإنكار الكلى فبينهما الشرع، وأشهد بذلك فى كذا، ولابد من ثبوت زوجيتهما، فإذا ثبتت زوجيتهما لدى القاضى ومقالتهما لزم الحكم بينهما.

**ويكتب فى ذلك:** عقد يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم معرفة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها من غير طلاق وقع بينهما ولا فراق بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت المقال وزوجيتهما **تكتب فى ذلك ما نصه**: لما ثبت عند القاضى فلان -وفقه الله- رسم المقال المقيد بكذا وزوجية الزوجين المذكورين به ثبوتاً تاماً، ووجب الفصل بينهما فاقتضى نظره أن أحضرهما بمجلس حكمة بكذا ووعظهما بالله تعالى وخوفهما عقابه فتماديا على ما زعماه من ذلك و لم يرجع أحد منهما عن قوله فأمرهما بالالتعان بين يديه بموضع حكمه من الجسد الجامع بكذا، وبدأ بالزوج فلان على الواجب فقام على قدميه واستقبل القبلة، وحلف أربعاً قال فى كل واحدة منها: أشهد بالله لقد رأيتها تزني، ولقد استبرأها بحيضة قبل حملها، و لم أطأها بعد ثم خمس إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وذلك بمحضر الزوجة وعلى عينها وهو يشير إليها، وحلفت هى بعده بالموضع المذكور قائمة مستقبلة القبلة أربعاً قالت فى كل واحدة منها: أشهد بالله ما زنيت، ولقد كذب على فيما ادعى، وخمست بأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وثبت عند القاضى المذكور أيمانهما والتعانهما كما يجب، ووقعت الفرقة بذلك بينهما، وحرم عليهما أن يتناكحا أبداً على ما أحكمته السنة، وسقط به نسب الحمل الذى بفلانة منه ونظر القاضى فى ذلك نظراً أوجب إمضاءه والحكم به والإشهاد عليه بعد أن أعذر إلى كل واحد منهما بما أوجب أن يعذر به إليه فلم يكن عند واحد منهما فى شيء من ذلك مقال ولا مدفع وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت، وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما وحضر الأيمان المذكورة وسمعها واستوعبها من كل واحد منهما ووعاها، وقيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: فإذا قال: إنما زنت ولم يدع رؤية ولا نفى حملاً ففى ذلك قولان، وكذلك إن نفى الحمل ولم يدع الاستبراء، فقال ابن القاسم: يلاعن، وقال المخزومى وغيره: يحد ويلاعن. قال ابن رشد فى «كتاب البيان»: اللعان على ستة أوجه ثلاثة منها متفق عليها، وثلاثة مختلف فيها، فالمتفق عليها أن ينفى حملا لم يكن مقراً ويدعى الاستبراء أو يدعى رؤية لا مسيس بعدها فى غير ظاهرة الحمل أو ينكر الوطء، فيقول: ما وطئتها قط أو ماذا وضعت أو منذ مدة كذا لما لا تلحق إلى مثله الأنساب من كدرة أو قلة، والثلاثة المختلفة فيها أن يقذف زوجته ولا يدعى رؤية أو ينفى حملاً ولا يدعى الاستبراء أو يدعى رؤية لا مسيس بعدها فى حامل بينة الحمل لأن ابن الجلاب حكى فيها ثلاث روايات عن مالك –رضى الله تعالى عنه– إيجاب الحد واللعان، وإيجاب اللعان وثبوت النسب، وإيجاب اللعان وسقوط النسب فإن قال: إنما زنت ولم يدع رؤية ولا نفى حملاً ففى ذلك قولان، وكذلك إن نفى الحمل ولم يدع الاستبراء فقال ابن القاسم: يلاعن، وقال المخزومى وغيره: يحد ولا يلاعن وتجزئة حيضة واحدة فى الاستبراء على الأشهر، وقيل: ثلاث، ولابد من ثبوت الزوجية إن لم يكونا طاريين، ولا يكفى فى ذلك إقرارهما إلا أن يكون نكاحهما فاشياً معروفاً فإن كاناً طاريين وجب اللعان على إقرارهما، ولا يكون اللعان على الحمل إلا بعد ثبوته بشهادة امرأتين، وقد روى عن مالك –رضى الله تعالى عنه– أنه لا يجب اللعان حتى تضع، واختلف هل يجب على الزوج، إذا ادعى رؤية أو نفى حملاً أن يسجن حتى يقع اللعان أم لا؟ فقال الباجي: يسجن، وقال غيره وهو أبو عمر بن عبد الملك كذلك أيضاً، لأنه قاذف، وإذا كانت المرأة لم يدخل بها

وظهر بها حمل فادعته عليه ونفاه هو فإنهما يلتعنان ولا ينفى منه إلا باللعان إذا دعت أنه كان يغشاها، وكان ذلك يمكن وجاءت به لستة أشهر فأكثر من يوم تزوجها، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا صداق لها ولا لعان فإن لاعن قبل أن تضع الحمل فأتت به لأقل من ستة أشهر لم يكن لها صداق ولا تحرم عليه بالتعانهما لأنها كانت غير زوجة له؛ قاله ابن الماجشون، ومحمد بن المواز، وحكى فى نص اليمين أنه إذا قال فى الأيمان أشهد بالله أجزأه على نص القرآن، فإن لم يقل أشهد، وقال: بالله، لم يجزه حتى يقول: الذى لا إله إلا هو، وإن ثبت أنه وطئها بعد الرؤية حد ولحق به الولد، وكذلك لو علم بالحمل وسكت أنه يحد ويلحق به الولد، وكذلك إن كانت أمة.

**ويكتب فى ذلك**: عقد يعرف شهوده فلاناً وأنه أقر لهم أن زوجته فلانة أو أمته فلانة حامل منه، وسمعوا ذلك منه منذ كذا، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإن رجع أحدهما قبل تمام اللعان بكلمة فإنه يثبت النكاح، ويجب الحد على الراجع منهما، وكذلك إن رجع الزوج بعد تمام اللعان لحق به الولد وحد والتحريم ماض.

**ويكتب فى ذلك عقد**: أشهد فلان على نفسه أن زوجة فلانة ولدت من الحمل الذى كان بها ابناً اسمه كذا، وأنه أستلحقه بعد وقوع اللعان بينهما، وأقر به لما لزمه من القول بالحق وأكذب نفسه فيما ادعاه ورجع عن نفيه، والتزم الإنفاق عليه إشهاداً صحيحاً عرف قدره وشهد على إشهاده بذلك فى كذا، فإن ادعى أنها لم تلده فلا ينفيه إلا باللعان، فإن كانت أمته فلا يلحق به حتى

يثبت أنها ولدته بامرأتين وله ففي حمل أمته ولا يلزمه لعان، وكذلك لا يلزمه يمين على المشهور،

**ويكتب فى ذلك**: عقد أشهد فلان على نفسه أن مملوكه فلانة ظهر بها حمل بعد استبرائه لها، وأنه انتفى منها لتبينه أنه ليس بابن له ولما يخشى أن يلحق به غير ولده وشهد على إشهاده بذلك فى كذا، قال ابن مغيث: وإذا تم اللعان وجبت الفرقة وكان طلاقا بائناً ولم يتناكحا أبداً، ولا يتم الفراق بينهما على مذهب ابن القاسم إلا بحكم القاضى لقوله عليه الصلاة والسلام لعويمر العجلانى وزوجته بعد التعانهما: «**قوما فقد فرقت بينكما**»[1] بخلاف قول سحنون فى ذلك، وإذا وقع اللعان بعد الطلاق البائن فى نفى حمل ففى تأبيد تحريمهما قولان إذ لم تكن له زوجة وقت اللعان، قاله عبد الحق فى «التهذيب»، واللعان فسخ بغير طلاق والفرق بين ما يفسخ بطلاق وبين ما يفسخ بغير طلاق كل نكاح للزوج أو للزوجة أو للولى إمضاؤه، وفسخه فالفسخ فيه بطلاق كانكاح الأجنبى ونحوه، وما كانا مغلوبين على فسخه ففسخه بغير طلاق كولاية العبد والمرأة والمحرم ونحو ذلك، على هذا أكثر الرواة، روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- ورجع إليه ابن القاسم أن ما اختلف فى إجازته وفسخه ففسخه بطلاق، وما اتفق على فسخه فالفسخ فيه بغير طلاق.

وتعيين ما يفسخ قبل الدخول مما يفسخ بعده أن ما لا يختلف فى فساده فسخ قبل الدخول وبعده وما اختلف فيه، فإن كان بنصٍ أو سنة أو لحق الورثة

---

(1) روى التفريق بين المتلاعنين عند الإمام النسائى فى «السنن»، وعند غيره.

فكذلك، وإن لم يكن كذلك فإن كان الخلل فى عقدة ففي فسخه بعده روايتان بل قولان، وإن كان لخلل صداقه فالمشهور يفسخ قبله لا بعده.

## فصل

وكل مطلقة فالمتعة لها مستحبة إلا المختلعة والمطلقة قبل البناء وقد فرض لها ولا يقضي بها، ولا يحاص بها الغرماء ومقداره على قدر حاله.

**ويكتب فيه عقد:** متع فلان مطلقته فلانة بثوب كذا أو مملوك صفته كذا أو بكذا وكذا ديناراً امتثالاً لأمر الله تعالى، وقبلت ذلك منه وشكرته عليه، وقبضته وصار عندها بعد علمها بأن ذلك متعة مثلها من مثله وشهد عليهما بـذلك فى كذا.

وإذا وقع الطلاق قبل الدخول فلا عدة، فإن جهل الدخول وأقرت به الزوجة فعليها العدة، وإن أنكرته فلا عدة عليها، وإن أقر به الزوج، وإن علم الدخول فالعدة لازمة وإن تصادقا على نفى الوطء، ولا يكون للزوج فيها رجعـة ولا تجب بوطء الصغير الذى لا يولد لمثله، وإن قوى على الجماع ولا يوطء المجبوب ذكره وأنثياه ولا على صغيرة لا تطيق الدخول، وتجب فى النكاح الفاسـد إذا وقع الفسخ فيه بعد الدخول، وكذلك فى كل وطء بزنا أو شبهة، ولا يجـوز للزوج أن يطأ فى هذه العدة من النكاح الفاسد، ولا أن يعقد وإن لحق به الولد بخلاف العدة من النكاح الصحيح، وتجبر الكتابية عليها فى الطلاق والموت.

والنساء فى ذلك على أقسام: معتادة الحيض، ومرتابة فيه، وصغيرة، ويائسة، وحامل. فالمعتادة تتربص ثلاثة قروء وهى الأطهر للحرة،واثنان للأمـة وتعتـد بطهر الطلاق ولو لحظة فتحل بأول الحيضة الثالثة على المشهور، والمرتابة بغـير سبب معتاد حرة أو أمة تتربص سنة تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة تحل عقب السنة، فإن حاضت فى السنة انتظرت الثانية كذلك ثم الثالثة كذلك، فإن كانت اعتادت الحيض بعد انقضاء السنة ففى انتظارها الأقراء قولان،

والمرضعة لا تحل إلا بالأقراء ولا تحل بالسنة اتفاقاً فإذا انقطع الرضـاع و لم يأتها الحيض فهى كالمرتابة بلا سبب كما تقدم.

وفى المريضة قولان أحدهما: أنها كالمرتابة بغير سبب وهو قول ابن القاسـم فتحل بتمام السنة.

والثاني: أنها كالمرضعة وهو قول أشهب.

وأما المستحاضة فإن كانت لا تميز بين الدمين فهى كالمرتابة بلا سبب، وإن كانت مميزة فقولان: أحدهما: أنها تعتبر الحيض المميزة فتعتد به وهو قول ابـن القاسم. والثاني: كالمرتابة وهو قول ابن وهب.

والصغيرة واليائسة ثلاثة أشهر بالأهلة وتلغى اليوم، وقيل: تحتـسب بـه إلى وقته، فإن انكسر الشهر الأول تممت ثلاثين من الرابع، وقيل: تتم الثلاثة ثلاثين، فإن رأت الحيض قبل تمامها انتقلت إلى الأقراء، والحامل تحل بوضع حملها، وإن كانا توأمين فلا تحل حتى تضع الثاني، فإن ارتابت فى الحمل فلا تحل حتى تبلـغ أقصى أمد الوضع وهو خمسة أعوام على المشهور، وقال أشهب: لا تحل أبـداً

حتى تيأس ولا يضرها إقرارها بالحيض لأن الحامل تحيض، وعدة المتوفى عنها صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل أربعة أشهر وعشر، وإن كانت أمة فشهران وخمس ليال، فإن كانت حاملاً فعدتها وضع حملها قرب أو بعد، وفى الحرة الكتابية قولان:

أحدهما: تستبرئ بثلاث حيض.

والثاني: أنها كالحرة المسلمة، فإن انقطع الحيض للمعتدة من الوفاة بغير سبب أو مرض أو رضاع ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر ذلك وتحل بتمام الأربعة الأشهر والعشر، والثاني: أنه لابد من حيضة واحدة، فإن حاضتها وإلا تربصت تسعة أشهر فتحل إذ ذاك إلا أن تحس حملاً فتبقى إلى مدة الحمل، فإن كانت عادتها أن الحيض يتأخر عنها أكثر من عدتها ففى ذلك قولان: أحدهما أنها تحل بمضى أشهر العدة وإن لم تحض، رواه ابن القاسم.

والثاني: أنه لابد لها من الحيض والمستحاضة فيها قولان:

أحدهما: أنها تتربص أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة، وثلاثة أشهر إن كانت أمة إذ ذاك استبراء من لا تحيض.

والثاني: أنها تتربص تسعة أشهر حرة كانت أو أمة.

وعدة الأمة وأم الولد من سيدها حيضة واحدة فإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر، وإن كانت مرتابة أو مستحاضة فتسعة أشهر، وإن كانت حاملاً

فبالوضع والتصريح بالخطبة للمعتدة حرام، والتعريض جائز، فإن صرح وعقد بعد العدة يستحب له فراقها بطلقة وتعتد منه ثم يتزوجها، وروى أشهب أنه يفرق بينهما وإن عقد فى العدة ودخل بها فسخ النكاح وحرمت عليه أبداً على المشهور المعمول به فى المذهب لقضاء عمر بذلك، وإن لم يدخل بها أو دخل بها بعد انقضاء العدة طلقت عليه، وفى تأبيد التحريم عليه قولان، وفى «المدونة»: إن قبل أو باشر فيها حرمت عليه، وسواء كانت العدة من نكاح أو شبهه أو كان الوطء بنكاح أو شبهة الحكم فى ذلك واحد، فإن كان الوطء بملك أو بزنا لم يتأبد التحريم، وكذلك إن كانت العدة من زنا ففى تأبيد التحريم قولان.

## البيوع

**وشروط جوازه خمسة:** طهارة المبيع، وأن يكون منتفعاً به، وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون معلوماً للمتعاقدين، وأن يكون الثمن والمبيع مملوكاً لهما أو بنيابة عنهما، والمبيعات أصناف: أصول وحيوان وعروض.

**الصنف الأول:** الأصول، والبيع فيها جائز إلا ما كان منها منزلاً منزوعاً عن اليد أو مطيلاً ففيه كلام سيأتي، وهي على قسمين رباع وهي الدور والحوانيت والأفران ونحوها، وعقار وهي الفدادين والجنان والكروم ونحوها.

الأول: الرباع:

**عقد شراء الدار**: اشترى فلان بن فلان من فلان جميع الدار الكائنة بكذا حدودها فى القبلة كذا، وفى الجنوب كذا وفى الشرق كذا، وفى الغرب كذا بحقوقها وحرمها ومنافعها ومرافقها الداخلة فيها والخارجة عنها اشتراء صحيحاً جائزاً بثمن مبلغه كذا من سكة كذا، قبضها البائع طيبة مقلبة وصارت بيده، وأبرأ منها أو بالتأخير إلى أجل كذا، وخلص بذلك للمشترى تملك مشتراه خلوصاً تاماً وحل فيه محل ذى المال فى ماله وذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك، وقد دخلها المشترى وقلبها من داخلها وخارجها وأحاط بها علماً وبصراً، وعلم بأنها قديمة البناء واهية الأساس، وتسمى العيوب فرضيها والتزمها وعرفا قدره وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

**بيان**: إن بدأت العقد باشترى فإنك تصرف كل ما يأتى فيه بعد ذلك من ذلك اللفظ فتقول: قبض المشترى وخلص له مشتراه ونحو ذلك، وإن بدأت بلفظ باع فتصرف ما يأتى فى العقد من لفظة فتقول: المبتاع والمبيع ونحو ذلك، وقولنا: جميع الدار بكذا أحسن من قولنا: الدار التى له إذ يدخل الاختلاف بإضافتها إلى البائع وكأن المشترى أقر له بها، ومن ابتاع ملكاً وأقر أنه يعلمه لبائعه ثم طرأ استحقاق ففى رجوعه على البائع بالثمن قولان:

أحدهما: أنه لا رجوع له وهو قول أشهب ورواية أصبغ عن ابن القاسم.

الثاني: أنه يرجع عليه ولا يضره إقراره وبذلك القضاء فالخروج عن هذا الاختلاف أحسن، وقولنا: بحقوقها وحرمها هو الصواب، وينبغى أن تسمى كل ما يمكن انفصاله عن المبيع، فإن ظهر حائط من الدار للغير لم يكن له قيام إلا أن

يشترطه معيناً لأنه إذا ظهر أنه للغير فليس من الحقوق، وكل ما يكون فى الدار مما ينقل ويحول كالصخرة والتراب والخشب سواء كان معداً لإصلاحها أو مما تهدم منها فهو للبائع، وإنما يحكم للمشترى بكل شيء ثابت كالبنيان، واختلف فى السلم الذى ينقل، فقال ابن زرب: هو للمبتاع لأنه من المرافق التى لا يدخل للغرف إلا به، وقال ابن عتاب، وغيره: هو للبائع، وقال ابن رشد: لا يكون للمبتاع إلا أن يكون من خشب على هيئة الدرج، وكذلك المطاحين المبنية اختلف فيها فقيل: إنها للبائع، وقيل: للمبتاع، وقيل: الأسفل للمشتري، والأعلى للبائع، قال ابن رشد والصواب أنها للبائع ولا عبرة بالبناء إذ ليست من بناء الدار ولا من أنقاضه.

وسئل بعضهم عن الدمن إذا كان قد لصق بقاعة الدار، فقال: هو للمبتاع ولا يكون للبائع إلا أن يشترطه.

وقال ابن الحاج فى «مسائله» فيمن باع دار أو حائطه مدعم بدعائم أنها للمشترى كالبنيان فإذا ثبت أنها عارية فيرجع المشترى على البائع بقيمتها من الثمن،

والنحل إذا كانت فى كوى فى جدار الدار فهى للمبتاع وإن كانت فى جبح فهى للبائع، والحمام فى البرج للمبتاع، قاله ابن العطار، وقال القاضى أبو الوليد: إذا بيع البرج ولم يذكر حمامه فهى للبائع وهو الذى بنى عليه ابن فتحون، ولابد من تبيين السكة فإن قطعت تلك السكة بعد وقوع البيع فليس له إلا السكة القديمة، قال ابن رشد: ولا يجب إلا ما وقعت به المعاملة، ومن قال من الفقهاء

إنه لا يجب إلا السكة المتأخرة لأن السلطان قطعها، فليس بشيء، وليس بقول أحد من أهل العلم، وقال ابن عتاب: ويرجع فى ذلك إلى قيمة السكة المقطوعة من الذهب فيأخذ صاحب الدين قيمة ما وجب له ذهباً، قال: وهذا هو الصواب، وإن كان فى العقد أنه قبضها مقلبة كما ذكر ثم أتى البائع بدراهم رديئة يزعم أنها من دراهم المبتاع وأنكرها فلا يمين عليه، فإن سقط الفصل من العقد وجبت اليمين على المبتاع أنه ما يعرفها من دراهمه وله رد اليمين، فإن ردها حلف البائع على البت أنها من دراهم المبتاع ووجب له البدل، فإن جاء بعد القبض يزعم أنه لم يقبض شيئا وأنه أشهد له بالقبض على سبيل الطمأنينة وأنكر ذلك المشترى فلا يمين عليه سواء قام على قرب أو بعد، وقيل: إن قام على قرب كان له أن يحلفه وإلا فلا، والقرب فى ذلك العشرة الأيام ونحوها، ذكر ذلك ابن حدير فى أحكامه وكان ابن زرب يقول: إن كان من قرابة البائع أو جلسائه كان له أن يحلفه وإلا فلا، ولم يفرق بين قرب التاريخ أو بعده، وقال ابن حبيب: لا يمين عليه عند مالك وجميع أصحابه إلا أن يأتى بسبب يدل على ما ادعى وتقع عليه تهمة فيكون عليه اليمين، قال ابن الحاج فى «مسائله»: يحتمل أن تكون التهمة أن تكون بينهما قرابة أو صداقة كما ذكر ابن زرب، وقد نزلت فأفتى باليمين وقضى بذلك ابن رشد وكان للبيع أربع سنين، فقال ابن رشد: يحلف ولو بعد عشرة أعوام، فإن كان الثمن مؤخراً إلى أجل ذكرته وهو جائز إلى ما يتفقان عليه إلا أن يتطاول جداً، قال ابن القاسم، فقيل لمالك: أتكره أن يبيع الرجل إلى عشرين سنة؟ قال: نعم فقيل له: اتفسخه؟ قال: لا، قال ولو كان سبعين أو ثمانين لفسخته، وقد قال مالك فى النكاح، إذا وقع إلى

ثلاثين سنة أنه جائز فكذلك البيع عندي، فإن أقام البائع بعد الأجل مدة طويلة ثم قام يطلب فله ذلك، قال ابن مزين عن أصبغ: وإذا كان القول قول البائع فى أول الأمر فالقول قوله فى آخره متى قام به كان على حقه لا يبالى أي ساعة كانت ولا ما كان قدر الثمن فى قلته وكثرته، وكذلك لو لم تقع بينهما شهادة لأنه وإن لم يكن إشهاد كالذكر للحق المشهود فيه فلا يبطل إلا أن يتطاول الزمان كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك الديون كلها، وإن كانت معروفة الأصل إذا تطاول زماناً هكذا ومن هي عليه حاضر فلا يقوم بدينه إلا بعد هذا من الزمان، فيقول: قد قضيتك وباد شهودي.

وفى «مسائل ابن الحاج»: روى مطرف عن مالك –رضى الله تعالى عنه– فى الذى يشترى الدور والرقيق والدواب ثم يدعى البائع بعد سنة أنه لم يقبض الثمن أن القول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض الثمن ولو كان بزا أو تجارات تقع فيها المداينة حلف البائع ما لم يطل عشرين سنة وما أشبه ذلك، وتسمية العيوب هو الصواب فما سمى من العيوب فهو لازم للمشترى ظاهراً كان أو خفياً وما لم يسم، فإن كان فى العقد أنه قلب ورأى كما تقدم، فإن كان العيب ظاهراً لا يخفى فإنه لازم وليس له القيام به، وإن كان خفياً فإنه يلزمه اليمين أنه ما رآه وحينئذ يرده، وإن لم يكن فى العقد أنه قلب فله الرد فى الوجهين ظاهراً كان أو خفياً كذلك، قال عبد الملك عن مطرف وأصبغ: وإن التزم أنه لا يقوم بعيب فلا يلزمه ذلك، وله القيام إذا وجد عيباً إلا أن يسمى له كما تقدم، وقولنا: عرف قدره ليرتفع دعوى الجهل من أحد المتبايعين، قال ابن فتحون: وإيقاع هذا الفصل بعد ذكر الثمن أحسن لأن المعرفة إنما تكون بالثمن والمثمون

فإن ادعى أحدهما الجهل بعد ذلك فلم يكن له القيام ولا يمين فإن سقط من العقد لم يصدق أيضاً مدعى الجهل إلا أن يدعى علم صاحبه به على وجه يمكن فيجب له اليمين عليه أنه ما علم بجهله، فإن نكل ورد اليمين على الآخر حلف لقد جهل ما باعه أو ابتاعه وينفسخ البيع.

وسئل ابن رشد فيمن باع أملاكه وهو غائب عنها يعلم أنه لم يدخلها قط وانعقد عليه فى العقد أنه يعرف قدرها كما يكتب فى الوثائق، وكل من فى الموضع يشهد أنه لم يدخلها قط ولا يعرف قدرها ولا مبلغها ولا يحوزها قبل الابتياع ولا بعده، فقال: إذا انعقد عليه ذلك فلا يلتفت إلى دعواه، ولا يكون له فى ذلك قيام، قال: إلا أن يدعى أن المبتاع يعلم ذلك فتجب عليه اليمين. وقال ابن حمدين: إن كان لم يعلم قدر ما باع وكان جاهلا به فينتقض البيع، وإذا شهد فى العقد بينهما شاهدان عدلان ثم طلب أحدهما من الآخر أن يشهد غيرهما وأبى الآخر، فقال ابن رشد: لا يلزمه أن يشهد له أكثر من شاهدين عدلين لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إذا كانا عدلين مبرزين فى العدالة يمكنه الإشهاد على شهادتهما إن أراد أن يحصن لنفسه خوف فجأة الموت أو النسيان أو غير ذلك.

## فصل

فإن قبض المبتاع المبيع ونزل فيه قلت قبل تقييد الإشهاد **ما نصه:** ونزل المبتاع فى المبيع وقبضه وأبرأ البائع من درك الإنزال، فإن أقر المبتاع أن الملك للبائع لم يلزمه إنزال وإن لم يقر له ففى كتاب «الاستغناء» قال المشاور: إن ابتاع رجل ملكاً من رجل قد اشتراه معروفاً لغيره فعليه إنزاله فيه ودفع وثائق الشراء إليه أو نسخها بخطوط البينة التى فيها، ويلزمه ذلك، فإن أبى وظهرت الوثائق جبره الحاكم على دفعها أو نسخها، قال غيره: فإن لم تظهر فللمبتاع الخيار إن أحب أمضى البيع وإلا رجع فى ثمنه وإن استثنى البائع سكنى الدار جاز فيما كان نحو السنة، ولا يجوز لأكثر من ذلك لما يخشى من تغيرها ودخول الضرر فيها على المبتاع.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** واستثنى البائع سكنى الدار المبيعة مدة من كذا، فإن التزم المشترى أن لا يبيعها حتى ينصف من الثمن ومتى فعل حل عليه الثمن فلا يجوز ذلك إلا أن يكون طوعاً.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** وتطوع المشترى أن لا يحدث فى المبيع بيعاً ولا تفويتاً حتى يقع الإنصاف من الثمن، ومتى فعل حل عليه أو ما بقى منه، قال القاضى أبو عبد الله بن الحاج فى «مسائله»: إذا انعقد هذا بين المتبايعين، فإن كان شرطاً بينهما فسخ البيع لأن هذا مجهلة فى الأجل، وإن كان طوعاً فإن كان فى نفس العقد فهو كالشرط، وإن كان بعد العقد فهو عامل، ويحتمل أن يقال أن المتبايعين يسألان عنه، فإن اتفقا على أنه كان بعد عقد البيع فهو

طواعية صحيحة، وإن أقرأنه كان شرطاً أو طوعاً فى نفسِ العقد فهو كالشرط ويفسخ به البيع، ويحتمل أن يكون هذا الشرط مما إذا تركه البائع جاز البيع كبعض بيوع الثنيا، وأما إذا اختلفا، فقال البائع: تطوعت به بعد البيع، وقال المبتاع: إنه كان شرطاً أو طوعاً فى نفس البيع، فالقول قول المبتاع وإن كان يدعى الفساد لأن العرف فى ذلك جارٍ على الفساد على ما روى عن ابن القاسم فى «العتبية» فى المغارسة، وكذلك إن انعقد بيع دار متى اعترضها السلطان انفسخ البيع ورددت الثمن لم يجز البيع بهذا الشرط، وكذلك لو كان طوعاً فى نفس العقد، ولو كان بعد العقد جاز، وقال -رحمه الله تعالى- للعلماء فى الشروط المقارنة للبيع ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الشرط باطل والبيع جائز، والثاني: أن البيع باطل والشرط باطل. والثالث: أن البيع جائز والشرط جائز، ويتنوع قول مالك فى هذا الأصل وجمعه على التلخيص أن البيع الجائز إذا قارنه الشرط فإما أن يكون الشرط حراماً أو حلالاً، فإن كان حراماً فسد البيع به، وإن كان الشرط حلالاً، فإن كان له تأثير فى النقص من الثمن فسد البيع به أيضاً كبيع الثنيا وبيع الأمة على أن تتخذ أم ولد وعلى أن لا يبيعها ونحو ذلك، وإن لم يكن له تأثير فى النقص من الثمن وكان حلالا كما ذكر، فهذا يجوز فيه البيع والشرط، فإن تبرأ البائع إلى المشترى بعيب فى المبيع بعد تمام البيع والتزمه المبتاع، **فيكتب فى ذلك عقد:** تبرأ فلان البائع المذكور فى كذا إلى فلان المشترى فيه فى الدار أو الملك الذى باعه منه بعيب كذا إذا أغفل ذكر اشتراط حين العقد، وأراه الآن للمبتاع ووقف معه عليه وتحققه فى المبيع، وعلم المبتاع أنه بالخيار بأن يرد المبيع ويأخذ ثمنه إذا لم

يفت المبيع أو يلزم البيع المذكور فاختار الاستمساك بصفقته ورضى العيب المذكور والتزم المبيع به، وأسقط عن البائع التبعة فيه عارفاً قدره، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

وأما إذا قام المبتاع على البائع بعيب أغفل ذكره كما ذكر، فإن كان ظاهرا وأراه إياه فإن المشترى يخير بين أن يمسك المبيع ويلزمه العيب أو يرده ويأخذ ثمنه إلا أن يكون قد فات فيرجع عليه بالقيمة، وإن لم يكن العيب ظاهراً ولم يعلم إلا بقوله فلا يقبل قوله فى ذلك وعد ذلك منه ندماً ومتى ظهر المبتاع عليه قام به، قال ابن فتحون: والعيوب فى الدور ونحوها على ما ذكره الشيخ أبو محمد بن أبى زيد ثلاثة أقسام أحدها: عيب خطير يستغرق معظم الثمن، فهذا يثبت به الرد ويرجع بجميع الثمن.

الثاني: عيب يسير لا ينقص من الثمن، فهذا لا يرد به ولا يرجع بقيمة العيب.

والثالث: عيب ينقص من الثمن ولا يذهب بمعظمه، فهذا يرجع بقيمة العيب، ويتمسك بالمبيع، وهى تخالف فى ذلك سائر المبيعات، وقال غيره؛ هما سواء، وإذا ألفى فى العروض عيب خفيف فإنه يرجع بقيمته، والأول أشهر، وقيل: إنه إذا وجد فى الدور ونحوها عيب ينقص من الثمن فإنه يثبت للمبتاع خيار الرد ما لم يفت كالحيوان سواء.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا كان العيب فى العقار يسيرا فلا يرد به المبيع وللمبتاع الرجوع بقيمة العيب إلا أن يقول له البائع: اصرف على ما بعت منك

وخذ الثمن فمن حقه ذلك إلا أن يفوت المبيع فيكون له-قيمة العيب. قال: والصحيح في الرجوع بعيب الدار وردها أن تقوم صحيحة يوم التبايع وتقوم معيبة يوم التبايع فما انحط عن القيمة انحط القليل منه أو رد المبيع في الكثير، قال: وفي «الواضحة»: إن العيب في الدار إذا كان الثلث ردت، وإن كان أقل من الثلث لم ترد به وتأمل كلام سحنون فإنه فرق بين دور الفناديق وغيرها في مراعاة الثلث وأقل منه، وفي «سماع عيسى» عن ابن القاسم: أنها ترد من العشر إذا رأى السلطان ذلك نظراً ونحو ذلك، وقد قال قائل: ينظر إلى الثمن فإن نقص مائة من ألف كثير ترد الدار به، وكذلك تنقص خمسين من خمسمائة ونقص واحد من عشرة بخلاف ذلك، ولا ترد به الدار فيرجع بقدره وقال -رحمه الله تعالى- من اشترى دارا وبئرها مشتركة مع يهودى أو نصراني أو بجذوم فليس بعيب ويؤمر المجذوم بأن يستتيب من يستقى له وفي «الموازية» : سوء الجار في الدار عيب ترد به، وقال غيره: ليس ذلك بعيب، وقد قال أبو صالح الحراني: سمعت مالكاً يقول: ترد الدار من سوء الجار وكثرة البق فيها عيب، ونزلت بقرطبة فحكم بردها، والعمل بقرطبة على رد السرير المبقق فإذا ألفى المشترى عيباً وأراد الرجوع به عند القاضى فإن البائع يقرر عليه.

**فيكتب في ذلك عقد:** قال فلان أنه ألفى في الدار التي ابتاعها من فلان عيباً لم يعلم به قبل هذا ولا اشترط عليه وهو كذا، ويريد الرجوع به، وقرر البائع على ذلك فقال: إنه لا يعرف العيب بالمبيع ولا علم له به وعلمه لما اشترطه، وتلقى ذلك من جوابه وبقى على مقالته فبينهما الشرع، وأشهد بذلك في كذا، فإذا ثبت ذلك من قوله نظر إليه أهل البصر.

**ويكتب فى ذلك بعد النظر إليه:** عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالرباع وعيوبها إلى الدار المبيعة بكذا ونظروا إليها فراوا بها عيب كذا ظهر لهم أن ذلك عيب فاحش ينقص من الثمن كثيراً، وأنه أقدم من أمد التبايع ومما يخفى عند التقليب، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت ذلك حكم برده.

**ويكتب فى ذلك:** عقد لما قام المشترى فلان على البائع فلان بعيب كذا الثابت فى الدار المبيعة بكذا، ولم يكن للبائع فيه مقال نفذ ذلك الحكم بوجوب الخيار للمشترى فى رد المبيع فصرف المشترى ذلك إلى البائع، وصار إلى ملكه حسبما كان قبل البيع وانفسخ التبايع بينهما، وأحضر له البائع ما كان قد قبضه من الثمن ودفعه له به فقبض منه وأبرأه منه، ولم يبق لواحد منهما قبل الآخر بسبب ذلك كله تبعة وأشهدا بذلك فى كذا.

## فصل

فإن كان المبيع حظًا فى دار فى الإشاعة.

**فيكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان من فلان الربع الواحد من جميع الدار بكذا فى الإشاعة أو حظه وهو الربع من جميع الدار إن كان ذلك مبلغ حظه أو حظه الصائر له فى والده أو أمه فلانة وبما يقابل ذلك من الحقوق والحرم والمنافع، وتبنى على ما تقدم، فإن كان سائر الدار للمشترى فيكتب وخلص بهذا الشراء للمشترى ملك جميع الدار إذ سائرها له، وتبنى على ما تقدم، ولابد من تسمية الخط فى هذا البيع، وتسمية عمن صار إليه ميراثاً إذا كان معروفاً، وإلا

فسد البيع لأنه يكون مجهولاً، وقال ابن فتحون: إذا أقر المبتاع أنه عرف الخط وإن لم يسم فى العقد فتذكر ذلك عنه فى العقد ويصح البيع، فإن اشترط للمشترى ما فى الدار من معلوم أو مجهول ففى ذلك اختلاف، روى زياد عن مالك أن ذلك جائز ولا ينقض البيع لأنه مما يتوثق به المشترى بعد أن قبض ما اشترى نصفاً أو ربعاً من الدار أو جزأ من الأجزاء، وفى «تفسير ابن مزين» أن البيع فاسد إذا اشترى الأرض وشرط معلومها ومجهولها بخلاف إذا اشترط معلوم مال العبد ومجهوله لأن مال العبد إنما يشترطه المشترى للعبد، قال ابن رشد: وفى كلام ابن القاسم ما يدل على جواز هذا البيع. وقد اختلف فيما وجده المشترى فى الدار المبيعة من صخر أو عمد أو رخام أو آنية أو فضة أو ذهب أو جوهر أو غير ذلك، فقيل: إن ذلك لا يكون للمبتاع ويكون حكمه حكم الركاز إن علم أنه من دفن الجاهلية، وحكم اللقطة إن علم أنه من دفن الإسلام، قال ابن رشد: ومعنى ذلك إذا لم يدعه البائع أو ادعاه ولم يشبه قوله وتبين كذبه، وأما إن ادعاه وأشبه قوله فإنه يكون له مع يمينه، وإن لم تكن له بينة، وقال محمد بن دينار: إن ذلك يكون للمبتاع وهو قول سحنون فى «نوازله»، وقال ابن حبيب فى «الواضحة»: قال فى الورثة يقتسمون الأرض فيجد أحدهم فى حظّه تبرا أو لبناً أو صخراً أن ذلك له، وكذلك المشتري، قال القاضي: وهذا الاختلاف إنما هو فى المجهول الذى لا يعلم صاحبه، وأما إن ثبت أن ما وجد من ذلك من متاع البائع أو متاع من ورثه عنه فلا اختلاف أنه للبائع، وكذلك ما علم أنه من دفن الجاهلية يكون حكمه حكم الركاز الموجود فى تلك الأرض فلا اختلاف، وفى «مسائل ابن الحاج»: من صاد حوتاً فباعه فوجد المبتاع فى جوفه

لؤلؤة، قال: إن كان مما يصح أنها ملكت مثل أن تكون مثقوبة فهى كاللقطة ويعرفها وليست للبائع ولا للمشتري، وإن لم تكن مثقوبة فهى دليل على أنها لم تملك فكان الشيوخ يختلفون فى ذلك، فمنهم من يراها للبائع، ومنهم من يراها للمبتاع كالدار يشتريها الرجل فيجد فيها كنزاً ففيها اختلاف بين أصحاب مالك، قال: وانظر لو كان هذا الحوت من حيتان النهر وحيث لا يكون اللؤلؤ إلا أن يسقط مثقوباً أو غير مثقوب، فيحتمل أن يكون ذلك سواء كاللقطة، ويحتمل أن يسوقه من البَحر إلى النهر فيفرق بين المثقوب وغيره.

وأما الثور أو البقرة تشترى فيوجد فى بطنه الورس فهو للمبتاع على كل حال لأنه كجزء من لحمه، فإن اشترى منه حظا من الدار إلى جهة بعينها.

**فتكتب فى ذلك ما نصه**: اشترى فلان من فلان النصف إلى جهة الجوف أو الشرق من الدار بكذا حدودها كذا، وتبنى على ما تقدم ثم تقول: على أن يقيما بينهما حائطاً تكون النفقة فيها بينهما بالسواء أو من قبل فلان فى خاصته تكتب فى ذلك ما يتفقان عليه ولا شفعة فى هذا لأنه ليس فى الإشاعة، وإذا كان إلى ناحية بعينها فهو كالمقسوم، فإن لم تذكر الدخول والخروج من حيث يكون فإنه يبقى على المدخل القديم، فإن اشترط إضافة ذلك لملكه ولا مدخل له على القديم جاز، فإن استحق ملكه القديم، فقيل: ينفسخ البيع وحكى عن الإيابى أنه قال: هى مصيبة نزلت بالمشترى ولا ينفسخ البيع، ذكر ذلك ابن فتحون، فإن اشترط أن لا يدخل به دار يضيقه إليها ولا كان له حيث يفتح باباً لم يجز البيع وفسخ لأنه من إضاعة المال، قال بعضهم: وإن لم يقل فى هذا المبيع إلى جهة

معينة على اعتدال الذرع الربع أو النصف لم يجز بخلاف المبيع على الإشاعة، وقال غيره: هما سواء ولا يفسد إن لم يذكر اعتدال الذرع.

فإن كان المبيع حصتين لرجلين **فيكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان من فلان وفلان على نسبة كذا صفقة واحدة جميع الكذا، وتبنى على ما تقدم، وكذلك إن كان المشتريان اثنين، **فتكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان وفلان من فلان بالسواء بينهما صفقة واحدة جميع الكذا. قال ابن فتحون: ولابد أن تذكر فى كل ذلك إذا كثر المشترون أو البائعون صفقة واحدة لأنه فى الأول إن كان اشترى من واحد بعدوا حد فى صفقتين فإن الشفعة للآخر ما لم يبعْ نصيبه بعد علمه ببيع صاحبه فتسقط، وفى الثانى إن كان اشترى واحد بعد واحد فإن الشفعة للمبتاع الأول فينبغى أن يذكر فى ذلك كله صفقة واحدة، فإن أغفل ذكر ذلك فى العقد حمل على أنه صفقة واحدة لإشهادهم بذلك فى عقد واحد، فإن وقع البيع على أن ضمن أحد البائعين للمبتاع ما يقبضه سائراً شراكه جاز.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** وضمن فلان للمبتاع فلان ما يخص سائر البائعين من الثمن إن لحقه فى ذلك درك بأي وجه كان ضماناً لازماً لماله وذمته، ولا يجوز أن يتضامنوا فى ذلك إلا إن تساوت حظوظهم، وكذلك إن تضامن المشترون فى الثمن لا يجوز إلا أن يتساووا فيه، وإن كان حظوظهم مختلفة لم يجز إلا أن يكون ذلك طوعاً بعد العقد، وكذلك إن كانت الدار مقسومة فلا يجوز الحمالة إلا أن يكون طوعاً، فإن كان لرجلين داران أو سلعتان لكل واحد منهما شيئه على حدة فابتاع ذلك منهما واحد لم يجز لأن كل واحد من المتبايعين لا يدرى بما باع سلعته وربما طرأ استحقاق فلا يدرى بما يرجع،

وأجازه أشهب، ويفرق الثمن على القيمة فيعلم ما يجب لكل واحد منهما، وبه قال ابن القاسم أيضاً قال ابن فتحون: وإن وقع التبايع فى صفقتين وأراد جمع ذلك فى كتاب جاز.

**ويعقد فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان من فلان جميع الكذا بثمن كذا، واشترى فلان من فلان فى صفقة أخرى كذا بثمن كذا ثم تقول: وأحضر لكل واحد منهما ماله من الثمن ودفعه له وقبضه وأبرأ منه، وتبنى على ما تقدم، فإن كان المبيع هواء فوق سقف ليقيم عليه بناء فذلك جائز.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان من فلان ما فوق سقف البيت القبلى من داره من كذا ليبنى عليه المبتاع غرفة يكون ارتفاع حيطانها كذا وعرضها كذا بالطوب أو بالآجر وسقفها على صفة كذا، ومدخلها من ناحية كذا، ومرحاضها فى جهة كذا، ويجعل البائع فرشها أو المبتاع بعد معرفتهما بقدر ما تبايعاه وتواصفاه اشتراء صحيحاً، وتبنى على ما تقدم، ولا يجوز لهذا المشترى أن يبيع هواء الذى يبنيه إلا برضا الأسفل، فإن وهى الفرش كان على الذى جعله إصلاحه، وإن سكت عنه كان على المبتاع إقامته لأنه أرضه، وقيل: على الأسفل لأنه سقفه، فإن كان المبيع نقضا على شرط القلع.

**فتكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان من فلان جميع أنقاض الدار أو الحانوت بكذا حدوده كذا على شرط القلع ليقلعها المبتاع، وتكون له منقوضة كانت القاعة للجانب أو لفلان اشتراءً صحيحاً بثمن كذا قبضه البائع وأبرأ منه وخلص بذلك للمشترى تملك الأنقاض المذكورة بعد وقوفه على البناء

والأنقاض وإحاطة علمه ومعرفته بقدره وقدر المؤنة فيه، وعلى السنة فى ذلك، ومرجع الدرك، وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

**بيان**: ولا يجوز بيع هذه الأنقاض على أن تبقى لأنه غرر، فإن وقع فسخ ورد المبيع إلى ربه أو قيمته مقلوعاً يوم التبايع إن فات بالهدم كانت القيمة أقل من الثمن أم لا، وكذلك لا يجوز للمتبايعين أن يعقدا فى الباطن على الإبقاء ويظهرا فى العقد أمراً صحيحاً، ولا يحل ذلك لهما فيما بينهما وبين الله تعالى، قال ابن سهل: وشاهدت الحكم بنقض البيع فى أنقاض الأرض المحبسة إذا كان المعروف من فعلهم إبقاءها، فإن قلعت مضى البيع لأنه إنما يفسخ للتهمة بإضمار الإبقاء، فإذا هدمت ارتفعت الظنة، وقد قيل: إن بيع النقض لا يجوز حتى يكون مقلوعاً من جهة أنه لا يحاط بقدره، فإن اشترى النقض على أن يؤدى خراج القاعة للسلطان فلا يجوز ذلك عند ابن القاسم، وبقول ابن القاسم هنا القضاء، قال بعض المتأخرين: وبذلك كان يفتى ابن عتاب وابن القطان وأصبغ، ويجوز ذلك فى قول أشهب، وكان سحنون يكرهه ثم أجازه، قال: وبذلك كان يفتى ابن رشد، وبه أقول، ويجوز لصاحب العرصة بيع عرصته من غير صاحب النقض، ويعمل معه ما كان يعمل صاحبها، وأما صاحب النقض، فقيل: يجوز له بيعه ممن يشاء ويعطيه صاحب العرصة إن شاء الأقل من قيمته أو الثمن الذى اشتراه به، وقيل: إنه لا يجوز له بيعه من غيره إلا برضاء إلا أن يباع فى دين أو ضرورة لأنه لا يدرى هل اشترى نقضاً أو قيمةً.

## فصل

فإن كان المبيع رحى أو حماماً أو فرناً أو حانوتاً أو غير ذلك من الرباع فالعقد فيها كما تقدم، وتسمى فى الرحى والحمام والأفران من الحقوق والمنافع والمرافق ما أمكن لكثرتها فيها.

## العقار والأرض البيضاء ونحوها وما اتصل بذلك

والبيع فيها جائز كما تقدم.

**عقد شراء فدان:** اشترى فلان من فلان جميع الموضع السقوي الكائن بقرية كذا حدوده كذا وبحقوقه وحرمه وكافة منافعه وشربه المعلوم له المعد لسقيه من ماء كذا، وما عليه من الثمرات على اختلافها شراءً صحيحاً بثمن كذا قبضه البائع أو مندفع لكذا، وخلص بذلك للمشترى تملك ما اشتراه خلوصاً تاماً، وحل فيه محل ذى المال فى ماله وذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك، وبعد أن رآه وقبله وعلم أن من عيوبه كذا فرضيه والتزمه وتطوع بأداء لازمه المخزني، وهو كذا أو ما بلغ، وعرفا قدره وشهد بذلك عليهما فى كذا.

**بيان:** قولنا: «وشربه المعد لسقيه»؛ وإن كان الماء قليلاً يؤخذ دلو فى أيام معلومة فلابد من تبين ذلك، وإن كان كثيراً فتكتب فيه كما تقدم، وقولنا: «بما عليه من الثمرات» ليرتفع الإشكال ولو سكت عن ذلك لكانت للمشترى لأن الشجر كلها تبع للأرض، وكذلك إن كان المبيع كرماً أو جنة غلب عليها السواد فالأرض تبع للثمر، فإن كان فى الشجر ثمرة لم تؤبر فهى للمشترين وإن

أبرت فهى للبائع إلا أن يشترطها المبتاع، وكذلك الزرع إن كان فى المبيع لم يؤبر فهو للمبتاع بمقتضى العقد كالثمرة التى لم تؤبر، وإن كان مأبوراً فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع والإبار فى النخل تذكيره، وفى غيره من الثمر عقده وثبوت ما يثبت منه وسقوط ما يسقط، وفى العنب غربلته وعقده كذلك، وذلك هو اللقاح عند مالك، وليس ذلك أن يورق الشجر عنده، والمعلوم المشهور الذى جرى به الحكم أنه فى الزرع نباته وظهوره على وجه الأرض، وقيل: إنه ما لم يحبب، وأن التحبب هو حقيقة الإبار فيه، حكاه فضل وهو قول ابن الماجشون، وقال المازري: من باع أرضاً وزرعها وهو لم ينبت ففيه قولان:

أحدهما: أنه للمشترى كالثمرة التى لم تؤبر، والثاني: أنه للبائع لأنه من الجنس الذى لا يؤبر ولا يذكر فأشبه ما دفن بالأرض وخالف الثمر، فإن أبر بعض ذلك دون البعض، قال ابن رشد: فالأقل تبع للأكثر شائعاً كان أو غير شائع، فإن لم يكن أحدهما تبعاً لصاحبه وكانا متناصفين أو متقاربين فلا يخلو إما ما أن يكون ما أبر على حدة أو يكون شائعاً فى كل نخلة أو شجرة، فإن كان ما أبر على حدة وما لم يؤبر كذلك فيكون للبائع ما أبر، وللمبتاع ما لم يؤبر، وإن كان ذلك شائعاً فى كل ثمرة ففى ذلك أربعة أقوال:

أحدها: أنه يقال للبائع: إما أن تسلم الحائط بثمرة للمبتاع وإلا فخذ الحائط وينفسخ البيع، وهو فى «الواضحة» و «الموازية» ، قال ابن العطار: أو يرضى المبتاع أن يترك ذلك للبائع فيصح البيع، والثاني: أنه ينفسخ البيع على كل حال، وهو قول ابن القاسم، قال ابن فتحون: وليس عليه عمل، والثالث: أنه يكون كله للمشتري والرابع: أنه يكون كله تبعاً للذى أبر فيكون للبائع. وفى «مسائل

ابن الحاج»: من اشترى ثمرة وفيها باكور قد أبر وثمر العصير لم يؤبر فالذى يظهر لى فى ذلك أن ثمرة الباكور مع العصير كبطن واحد وينظر فى ذلك، فإن كان الباكور الأكثر كان للبائع وإن كان الأقل فهو للمبتاع، وإن كان نصفا فيدخل فيه الاختلاف المذكور قبله، فإن كانت الثمرة قد أبرت أو الزرع واشترط ذلك المشترى **فيكتب فى ذلك ما نصه**: بحقوقها وحرمها وجميع ثمرها المأبور أو جميع زرعها الظاهر الآن فيها إذا اشترط ذلك المشترى فى هذه الصفقة وغير ذلك من المرافق، وتبنى على ما تقدم، قال ابن فتحون: ولا يجوز اشتراط ذلك إن كان الثمر مأكولاً أو مشروباً على المشهور فى المذهب كانت الثمرة مأبورة أو غير مأبورة إلا على الجذ ما لم يفترقا عند مالك –رحمه الله– ويدخله بيع الطعام بالطعام إلى أجل، وقال محمد بن سلمة: يجوز ما لم يبد صلاح الثمرة، ولا يجوز أيضاً عند مالك أن يشترط المبتاع بعض الثمرة أو الزرع ويبقى سائر ذلك للبائع، وينفسخ إن وقع كما لا يجوز اشتراط بعض مال العبد، وروى سحنون عن أشهب جواز ذلك فى ثمرة النخل ومال العبد، وأما إذا يبس الزرع واستحصد أو طابت الثمرة فيجوز ذلك فيها باتفاق.

وسئل سعيد بن حسان عمن باع فدانين فيهما زرع أو حائطين فيهما ثمرة فاشترط المشترى زرع أحدهما أو ثمرته، فقال: لا يجوز وهو بمنزلة ما لو باع فداناً واحد واستثنى نصف زرعه، ومثله ذكر ابن لبابة ونسباه لابن القاسم، وقال غيرهما: هو جائز لأنهما شيئان اشترط جميع زرع الواحد، وذلك سائغ على مذهب ابن القاسم وأشهب، ألا ترى أنه لو أفرد كل واحد منهما بالبيع لجاز أن يستثنى زرعه.

وسئل ابن رشد فيمن باع غرس شجر واشترط على المشترى أن لا يقبضه إلا بعد عام،

فقال: من باع حائطه ولا ثمرة فيه على أن يقبضه المشترى بعد عام وهو يثمر فيما دون ذلك فيتخرج إجازة ذلك على الاختلاف فى المستثنى هل هو بمنزلة المشترى أو مبقى على ملك البائع: فيجوز البيع على القول بأن المستثنى مبقى على ملك البائع فيجوز البيع على القول بأن المستثنى مبقى، ولا يجوز على القول بأنه بمنزلة المشترى للنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهو، قال ابن فتحون: وإذا كان فى الشجر ثمرة لم تؤبر أو فى الأرض زرع لم يظهر فلا يجوز للبائع استثناء ذلك كالجنين فى بطن أمه وهو للمشترى بمقتضى العقد، ولا يجوز أيضاً للمبتاع اشتراطه لئلا تقع له حصة من الثمن، وقد يمكن أن لا ينبت فيكون من الغرر.

**ويعقد فى ذلك على ما اختاره ما نصه:** وبحقوقه وحرمه وذلك قبل نبات ما بذر فيه من القمح وظهوره فهو تبع للبيع على واجب السنة فيه دون اشتراط من المبتاع له، وتقول فى الثمرة: وذلك قبل إبارها فهى واجبة له بنفس الصفقة دون اشتراط على واجب السنة، وفى «الطرر» لابن عات عند قوله فى الزرع الذى لم ينبت، فإن اشترطه فى صفقة البيع لم يجز، وفى «نوازل سحنون» خلاف فى ذلك لأنه أجاز فيه اشتراطه فى الصفقة، قال: ولم يذكر فيه ابن رشد قولا آخر، وإذا أصابت الثمرة المشترطة جائحة أذهبت بعضها أو جميعها فلا قيام للمشترى على البائع بشيء وكذلك إن اشتراها بعد صفقة البيع فلا قيام له بها، قلت: أو كثرت، وإذا كان فى الأرض قليب فهو للمبتاع وإن لم يشترطه، ولا كلام للبائع فيه، قاله حمديس وغيره، وبه القضاء، وقولنا: ويلازمه المخزنى لم

يجز ابن القاسم بيع الأرض بما عليه من المغرم فى نفس الصفقة وأجازه أشهب، وكان سحنون يكرهه ثم رآه خفيفاً، ومضى العمل على قول ابن القاسم وتحيل الفقهاء فى كتب ذلك على الطوع بعد عقد الصفقة فى كتاب آخر تمسكا بقول ابن القاسم، وهو من الكذب إذ الضمائر منعقدة عليه، فالأحسن الأخذ بقول أشهب وهو كالعيب عند الجميع، قال: تبرأ به البائع عند البيع لزم المشترى بلا خلاف، وإن لم يتبرأ به فإن للمشترى أن يرد البيع أو يلتزمه، وفى كتاب «الاستغناء» قال المشاور: البيع على الوظيفة جائز، وليس بعيب يرجع به علم أو لم يعلم لأن الأصل الحرية والمغارم ظلم أوقعها العمال. وسئل ابن زرب فيمن باع حقلا من أرضه الموظفة على أنه حر ورد وظيفه على أرضه التى بقيت بيده، فقال: لا يجوز هذا إلا أن يلتزم المبتاع من الوظيف بقدر الحقل الذى اشترى، ونزلت عندنا بقرطبة فأفتيت فيها بفسخ البيع لأن ذلك عيب فى نفس الأرض، ولو جاز ذلك لوجب أن توقف أرضه و لم تورث فتكون موقوفة للوظيف عليها و لم تورث.

وقال أحمد بن عبد الملك بخلاف ذلك، وأن البيع جائز على الحرية من التوظيف ويرد ما عليه فإن اشترط من الوظيف أكثر مما ينوبه من ذلك، فقال ابن رشد فيمن باع وظيفاً من أملاكه واشترط من الوظيف على المبتاع أكثر مما ينوب المبيع إذا كان ينوب القربة المبيع نصفها أربع دنانير فتبرأ البائع من ذلك إلى المبتاع بعشرين درهما، و لم يشترط عليه أن يحمل عنه من لوازم القربة ما ينوب الأربعة الدراهم الزائدة على نصف الأربعة الدنانير، فالبيع جائز ولا يلزم المبتاع إلا نصف ما يلزم القربة، وإن اشترط عليه أن يحمل ما ينوب الأربعة

الدراهم من لوازم القربة فالبيع فاسد إن وقع البيع على ذلك بشرطه، وإن كان ذلك تطوعاً بعد العقد صح البيع ولزم المبتاع ما طاع به إلى الأمد الذى زعم أنه نواه مع يمينه، وإن مات سقط عنه ما طاع به من ذلك بعد موته، فإن ادعى المبتاع أنه كان على الشرط والبائع أنه كان على الطوع فالقول قول مدعى الشرط، وإن كان يدعى الفساد لشهادة العرف له ويفسخ البيع، وقال ابن زرب: الذى به الفتيا وعليه القضاء ببلدنا فى الذى يبيع ماله ويتبرأ إلى المبتاع بالعشر على المبيع أنه إن كان فى أوان الزريعة فالعشر على المشترين، وإن كان قد مضى أوان الزريعة فالعشر على البائع إلا أن يشترطه على المشترى، وإن اشتراه بزرعه واشترطه فالعشر عليه لأنه هو الذى حكم، وإن اشتراه فى أوان الزريعة وقد زرع البائع ولم يشترطه المبتاع فالعشر على البائع، وإن اشتراه وقد فات أوان الزريعة وقد زرع فى الأرض ولم يشترطه البائع على المشترى فالعشر على البائع، وإن اشترى فى أوان الزريعة ولم يزرع حتى مضى وقت الزراعة فالعشر على المشترى لأنه ضيع الزراعة، ولابد من تعيين التاريخ، فإذا شهدت بينه بالبيع فى يوم معلوم وشهدت بينة أخرى أنه باع من آخر فى ذلك الشهر فصاحب اليوم بعينه أحق، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا شهد الشهود بالبيع ولم يسموا الثمن وأحد المتبايعين منكر لم تجز الشهادة حتى يشهدوا بالبيع والثمن جميعاً، وقد قيل: إنه إن كان البيع على النقد كانت للمبتاع بالقيمة والأول أحسن، فإن باع على التكسير.

**فيكتب فى ذلك عقد:** اشترى فلان من فلان جميع الموضع بكذا حدوده كذا اشتراءً صحيحاً على التكسير بحساب كذا وكذا لكل مرجع، وأحضر المبتاع

من واجب ذلك كذا وكذا ديناراً، ودفعه إلى البائع عن طوع منه فقبضها منه وصارت بيده وأبرأ منها وليدفع سائر الثمن حالاً وخلص بذلك للمبتاع تملك المبيع، وتبنى على ما تقدم، ولا يصح دفع الثمن فى هذا إلا بعد التكسير، فإن دفعه فإنما يكون بطوع على ما تقدم، فإذا كسر المبيع.

**فيكتب فى ذلك ما نصه:** وأشهد المتبايعان بأنهما كسرا المبيع فبلغ تكسيره بتكسير من رضيا دينه وأمانته وبصره كذا يجب له من الثمن كذا قبضه البائع، وأبرأ منه ولم يبق بينهما بسبب المبيع وثمنه تبعة، وأجرة الكيال فى ذلك على البائع على المشهور، قال ابن رشد: وهو الصحيح أن على البائع أن يكيل، وأجرة الكيال وكذلك كل ما يكال أو يوزن، وفى جامع البيوع من «العتبية»: أن مالكاً كان يقول قديماً: أجرة ذلك على المشترين، فإن كان مع الموضع المبيع على التكسير دار أو كرم أو شجر لم يجز البيع، وفسخ عند جمهور أهل العلم، وبذلك جرى العمل لأنه من المكيل والجزاف، ومنهم من يقول: يجوز ذلك لأنه إنما أريد بذلك ما يكال أو يوزن، وقال ابن فتحون: ويخرج من هذا الاختلاف بأحد وجهين إما أن يباع ذلك فى صفقتين فيكون الموضع فى صفقة والدار والشجر فى صفقة.

**فيكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان من فلان جميع الموضع بكذا على التكسير والدار والشجر بكذا بثمن مبلغه فى ذلك كله كذا للموضع منه فى صفقة كذا، وسائر ذلك للدار والشجر فى صفقة أخرى قبض ذلك البائع وأبرأ منه، وتبنى على ما تقدم، وإما أن يباع المبيع على الجزاف، ويكتب قبل تاريخ الإشهاد أنه بعد تمام البيع على الجزاف رغب إليه فى التكسير، وقال ابن دحون:

إذا باعه من الأرض كيلاً معروفاً وثمرة معلومة أو ثياباً معدودة جاز و لم يدخل ما ذكر، قال ابن العطار: وأنا أقول أنه إذا باع أرضاً على التكسير أنه لا يجوز حتى يعرف طيب الأرض من متوسطها من رديئها كالذى يشترى صبرة شعير وصبرة قمح كل قفيز بدرهم ولا يعرف كيل كل صبرة أنه لا تحل، وذلك كبيع الأرض المختلفة الإناط على التكسير فإن كان المبيع إملاكا على الجزاف، **فيكتب فى ذلك عقد:** اشترى فلان من فلان جميع ما يعرف له وينسب إليه وحوته أملاكه وضمته فوائده بقرية كذا من عمل كذا من الأرضين سقيها وبعلها سهلها وجبالها عامرها وغامرها من دار وجنة وأندر وكرم وثمرات على اختلافها مثمرها وغير مثمرها وشروب مياهها وما انضاف إليها من المسارح والولائج والخرب والقاعات وغير ذلك مما يقع عليه اسم مال وله خطر وبال فى الإشاعة وغيرها، وبحقوق ذلك كله وحرمه ومنافعه ومرافقه الداخلة عنه لم يستثن البائع فى شيء مما يعلم له بهذه القرية المذكورة حقا ولا ملكاً ولا مرتفقاً قليلاً ولا كثيراً إلا وخرج عنه للمبتاع المذكور بعد معرفتهما بقدره ومبلغه اشتراءً صحيحاً جائزاً بثمن مبلغه كذا، وتبنى على ما تقدم، ويكون العقد نسختين، قال ابن الهندي: لأنه قد يغيب العقد ويدعى المبتاع أنه ابتاعه على التكسير فيجب اليمين على البائع وله رد اليمين، فإن لم يجد المبتاع بعض ما وصفه فى الوثيقة مثل أن يذكر أندراً و لم يجده ونحو ذلك ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يرجع على البائع بما لم يجده، والثاني: أنه لا يرجع لأن ذلك يجرى فى الكتب، وإنما له ما يعلم للبائع، قال ابن عتاب: وشاهدت محمد بن الفخار استفتى فى رجل باع ملكاً على الجزاف وفيه شجر زيتون قد طاب ثمرها

ولم يشترط المبتاع الثمرة إلا أن في الوثيقة جميع ما حوته أملاكه من الأرض والشجر على نحو ما يجرى في العقود ولم يذكر الثمرة فأراد المبتاع أخذها، فأفتى ابن الفخار بأن ذلك له، واحتج على ذلك بأن الشجر نفسه لو لم يذكر في الابتياع لدخل فيه وكان تبعاً للأرض، فإذا دخلت الأصول فالثمرة المتولدة فيها التي هي فرع عنها أحق بالدخول، قال: ونزلت فأفتيت فيها بذلك ولم أزل أطلبها في الروايات إلى أن ظفرت بها لمحمد بن عبد الحكم في «كتاب الشروط» من تأليفه، قال محمد بن عبد الحكم: من الناس من يقول من اشترى داراً بما فيها وفيها نخل فالثمرة للمشترى طابت أو لم تطبن وأما نحن فنجعل ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع اتباعاً للسنة فيه والآثار، قال ابن عتاب: والذى أقول به ما شاهدت به الفتيا وبه نفذ الحكم، انظر ذلك في «الأول» لابن سهل، فإن طلب المبتاع أن يحد له بعض الأملاك.

**فيكتب في ذلك ما نصه:** بعد قولك مما يقع عليه اسم مال مما عين من ذلك سوى ما استغنى عن تعيينه لإحاطة علم المبتاع بالقليل والكثير فيه -جميع الموضع بكذا حدوده كذا، والدار بكذا حدودها كذا والكرم بكذا حدوده كذا ثم تقول: وبحقوق ما عين من ذلك وما لم يعين ويقول قبل تاريخ الإشهاد: وكان هذا التبايع قد انعقد بينهما على الجزاف ثم بعد ذلك رغب المبتاع من البائع أن يحد له ما ذكر فأجابه إلى ما ذكر إسعافاً لرغبته شهد.

فإن نزل المبتاع في المبيع على الجزاف **فيكتب في ذلك ما نصه:** ونزل المبتاع في هذا المبيع ما حد منه وما لم يحد بعد أن وقف عليه موضعاً موضعاً ومكاناً مكاناً وأراه علامة واحاط علماً، به وأبرأ البائع من درك الإنزال والتحديد، فإن

زعم المبتاع عند الإنزال أنه أراه أكثر مما يترله فيه وأنكر البائع ذلك تحالفا وتفاسخا وبالبائع المبدأ باليمين، فإن رضى المبتاع بما يحلف عليه البائع نزل فيه وإلا حلف وانفسخ البيع، وإن اختلف عند التحديد وزعم المبتاع أنه أراه عند البيع أكثر مما حد له حلف البائع وله رد اليمين فيحلف المبتاع وينفذ البيع بينهما فيما يحلف عليه إلا أن يكون للغير، فإن كان كثيراً انفسخ البيع، وإن كان قليلاً رجع بما ينوبه من الثمن ومضى العمل بإلزام البائع الإنزال إذا طلب ذلك المبتاع، وكذلك التحديد، فإن طلب ذلك المبتاع على قرب من التبايع فله ذلك إذا كان ما بينه وبين تمام العام، فإذا انقضى العام لم يكن للمبتاع قيام، وسقط عن البائع الطلب بذلك وكذلك إن أقر المبتاع بالملك للبائع فلا يلزمه التحديد ولا يلزمه إنزال قرب أو بعد، وكذلك ينبغى أن تعقد فى هذه الوثيقة أنه عرف جميع ما ابتاعه وحدوده ونزل فيه وأبرأ البائع من درك الإنزال والتحديد، وكذلك إن طلب التدريع فيكتب على النحو المتقدم فى التحديد برغبة المبتاع بعد انعقاد التبايع.

وإن استثنى البائع استغلال المبيع **فيكتب فى ذلك ما نصه**: واستثنى البائع استغلال المبيع من الآن إلى انقضاء كذا أو سكنى الدار مدة كذا، ويجوز ذلك فى الأرض إلى العشرة أعوام فما دونها، وأما الدار فلا يجوز ذلك فيها إلا إلى عام فما دونه لأنها تتغير.

فإن سلم زوج البائعة فى المبيع إن كانت امرأة، **فيكتب فى ذلك ما نصه**: وحضر زوج البائعة فلان، وعلم بهذا البيع فسلم فيه، وجوز البيع وأمضاه بعد معرفته بقدره، وأشهد بذلك ولابد من ذكر التجويز فى تسليم الزوج لأنه إذا

كان فيه تصرف المرأة فى أكثر من ثلثها فهو غير جائز مفسوخ، وقيل: إنه ماض وإن زاد على الثلث حتى يراه الزوج. وإن كان المبيع كرماً أو جناناً **فتكتب فى ذلك عقد:** اشترى فلان من فلان جميع الكرم بكذا حدوده كذا أو جميع الجنة بكذا حدودها كذا وبحقوق ذلك وكافة منافعه ومرافقه الداخلة فيه والخارجة عنه وثمراته وأنواع غراساته وبنائه وغير ذلك من منافعه اشتراءً صحيحاً، وتبنى على ما تقدم، وتذكر من العيوب ما فيه من اختلاف الرهوط وقدم الغراسة ورداءة الأرض وغير ذلك، وفى «مسائل ابن رشد» أن الكرم إذا ظهر أنه شارف قد خلف لم يرد به لأنه من العيوب الظاهرة،ولا يجوز أن يستثنى الثمرة لنفسه قبل الإبار وهى للمبتاع بمقتضى العقد، فإن وقع ذلك فسخ البيع ورد الأصل إلى البائع ما لم يفت، وقد تقدم ما لابن رشد فى ذلك، فإن كانت الثمرة قد أبرت ولم يشترطها المشترى ثم ذهب إلى شرائها وهى لم يبد صلاحها فهل يجوز له ذلك أم لا فى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز، وهى رواية أشهب عن مالك.

والثانى: أنه جائز إذا كان ذلك بقرب البيع، وهى رواية أصبغ عن ابن القاسم.

والثالث: أن ذلك جائز قرب أو بعد، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم، وبها القضاء، وحد القرب على القول به عشرون يوماً ونحوها. قال ابن رشد: وحكم شراء الزرع بعد الأرض حكم الثمرة يدخل فيها الثلاثة الأقوال وإن أصابت ذلك جائحة فلا رجوع للمشترى على البائع، وإن أذهبت الجميع كما

تقدم في الثمرة المشترطة، قال بعضهم: والعلة في ذلك انقطاع السقي عن البائع كالثمرة إذا بيعت وحدها، وقد استغنت عن السقي فلا جائحة فيه، **ويكتب في ذلك:** على القول بالجواز وهو المعمول به عقدٌ اشترى فلان من فلان جميع ثمرة الجنة أو عصير الكرم بكذا الذى ابتاع أصله منه منذ كذا والثمرة فيه منعقدة ولم يشترطها المشترى، ويحتوي على كذا بما وجب له من ذلك إذ هي الآن لم يبد صلاحها اشتراءً صحيحاً بثمن كذا وتبنى على ما تقدم، وقال بعضهم: ولا يحتاج أن يقال في هذا عرف قدره إذ هى تبع للأصول، وتأول بعض الشيوخ أن ذلك لا يجوز إلا بصفة معلومة بخلاف مال العبد، قال أبو عمران الفاسي: ذلك جائز دون صفة وتأوله على «المدونة».

## فصل

فإذا كان المبيع شرب عين أو حظا من ماء **فيكتب في ذلك:** عقد اشترى فلان من فلان شرب العين أو الماء أو البئر بكذا أو نصف شرب جميع أرضه أو ربعه أو شرب كل يوم جمعه من عين كذا أو شرب ساعتين أو ثلاثة من ماء كذا ما تعاقب الليل والنهار تصف من ذلك ما يجب، وتبين الوقت ثم تقول: اشتراءً صحيحاً عرفا قدره بثمن كذا، وتبنى على ما تقدم، قال ابن فتحون: وإذا كان الماء قليلاً فتقول في النص بعد الوقوف على قلة الماء وكثرته والاختيار له في كل وقت وزمان، وأحاط علم المشترى به، وإن كان يقل ويكثر ولا يوقف على الحقيقة لم يجز بيعه لأنه مجهول ولا شفعة في هذا الشرب المبيع دون أرض، وإن كانت العين بينهم مشتركة إلا أن تباع مع الأرض فتكون فيها الشفعة مع

الأرض، وأما إذا بيع الماء وحده دون أرض فلا شفعة فيه إلا أن تكون الأرض التى تسقى منها مشتركة بينهم فتكون الشفعة فى الأرض والماء، ولا يجوز بيع ماء أنهار العامة إلا أن يصرف منها شيء ويملك بالإسداد فيجوز بيعه.

وسئل ابن رشد: فيمن كان له حقل أرض له شرب ماء يستغنى عن زراعته أو بناه داراً أو باعه دون شرب وأراد أن يأخذ الشرب يسقى به أرضا له أخرى أو يبيعه أو هبة أو يصنع به ما شاء، فقال: ذلك له إذا كان له فى أخذه منفعة، وأما إذا أراد أن يأخذه ويحفر له بركا يحبسه فيها ولا يتركه لمن ينتفع به فليس له ذلك والساقية التى يمر عليها الماء إذا علم أن أصلها لصاحب الماء فهى له وجميع ما ينبت فيها وإن لم يكن فيها إلا المرور فبخلاف ذلك، وسئل فى ذلك ابن رشد، فقال: إذا كانت رحى لرجل وساقيتها تمر فى أرض رجل آخر، فإن لم تكن رقبة الساقية لرب الرحى وإنما له مرور الماء إلى رحاه خاصة فلا حق له فيما نبت فى حاشيتها من الشجر من الغشم وغيره، وذلك لصاحب الأرض، وإن كان له أصل رقبة الساقية وهو موضعها من الأرض فله جميع ما ينبت فى قعرها وجوانبها من الشجر إن شاء قطعه، وإن شاء تركه، وإن تداعيا فى ذلك و لم يكن لواحد منهما بينة على دعواه فالقول قول صاحب الرحى مع يمينه أن رقبة الساقية له ماله وملكه،وليس لصاحب الساقية أن يضع طينها إذا نقاها إلا على حاشيتها بحيث لا يضر رب الأرض على العرف والعادة إذ لكل ملك حريم وهو القدر الذى يحتاج إليه ولا يستغنى عنه، ولصاحب الأرض أن يحدث إلى حاشية الساقية بحسب العادة وحيث لا ضرر، فإن كان المبيع طريقاً بأرضها فى ملك.

**فيكتب فى ذلك**: عقد اشترى فلان من فلان طريقاً بأرضها إلى داره أو جنته فى الفدان الذى لفلان بموضع كذا متوسطةً آخذا من القبلة إلى الجنوب أو من الشرق إلى الغرب على استقامة، وسعته كذا تصف ذلك ثم تقول: وتكون له قاعته وأرضه مالا وملكاً، وإن كان له المرور دون الرقبة، فتقول: اشترى منه طريقاً بكذا تصفه كما تقدم، ثم تقول: ويكون له المرور فيه خاصة، ولا يكون له شيء من رقبته اشتراءً صحيحاً، وتبنى على ما تقدم، فإن أراد صاحب الأرض أن يحول الطريق إلى موضع آخر من تلك الأرض ويغرس ذلك الطريق فليس له ذلك إلا أن يأذن له صاحب الطريق وإن لم يكن له فيها إلا المرور خاصة كان عليه فى ذلك ضرراً أو لم يكن، قاله ابن عبد الحكم، إلا أن يكون بين الممرين نحو الذراع مما لا مضرة فيه على المار إلى ماله فلا يمنع صاحب الأرض من ذلك، وأما إن كانت الرقبة للمار فلا سبيل إلى ذلك، وكذلك لو أراد صاحب الأرض أن يغرس أرضه ويحجر عليها ويجعل لصاحب الممر باباً يدخل عليه إلى ماله فليس له ذلك إلا أن يأذن صاحب الممر وانظر ذلك فى «الكافى».

# المعاوضة، والتصيير، والتولية، وبيع المريض والتوليج، وبيع الغائب على صفة وغيرها، وبيع الخيار والثنيا، والإقالة

المعاوضة: جائزة وهى من البيوع ويكتب فى ذلك عقد: تعاوض فلان وفلان بأن خرج فلان لفلان عن الدار أو الموضع الكذا حدوده كذا، وخرج له الآخر عن الموضع الكذا حدوده كذا، وبحقوق كل من الموضعين، وما خرج عنه كل واحد منهما للآخر وكافة منافعه تعاوضاً صحيحاً خلص بذلك لكل واحد منهما تملك ما صار إليه عوضاً عما خرج عنه وحل فيه محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك، وبعد أن رأى كل واحد منهما ما صار إليه وقبله فرضيه والتزم به، وزاد فلان لفلان لفضل ما صار له عوضاً عما خرج عنه كذا وكذا ديناراً قبضها فلان وأبرأ منها، ونزل كل واحد منهما فيما صار له عارفين قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا.

**بيان:** إن كان فى كل واحد من العوضين ثمرة أو زرع، فإما أن يكون كل واحد مأبوراً أو غير مأبور، فإن كان غير مأبور فلا تجوز المعاوضة على كل حال، وإن كان مأبوراً فلا تجوز المعاوضة أيضاً إلا على أن يبقى ما لكل واحد منهما من ذلك لصاحبه أو يشترط أحدهما ما للآخر ويستبقى متاعه، ولا يجوز أن يشترط كل واحد منهما من ذلك ما للآخر، فإن كان ما فى أحدهما قد أبر وما فى الآخر لم يؤبر فيجوز على أن تكون الثمرة المأبورة تبقى للذى صارت له الثمرة التى لم تؤبر ولا يجوز أن يشترطها الآخر، وإن كانت الثمرة أو الزرع فى أحد الموضعين دون الآخر فالحكم فيهما كما تقدم فى البيوع إن كانت لم تؤبر

فهى للذى صار له الأصل، وإن أبرت فهى لصاحب الأصل إلا أن يشترطها الآخر فتكون له، وإذا استحق أحد العوضين أو رد بعيب انفسخت المعاوضة ورجع كل من العوضين لصاحبه إلا أن يفوت فيرجع بالقيمة، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا بنى أحد المتعارضين فى الأرض التى قبضها ثم طرأ استحقاق فى جملتها، فقال: إن الموضع الذى بنى فيه من الأرض قد فات بذاته قليلاً كان أو كثيراً، فإن كان قليلاً عرف مقداره من الأرض، فإن كان أقل من الثلث أخذ سائر الأرض وغرم له قابض الأرض قيمة الأرض المبنى فيها يوم المعاوضة، وإن كانت قيمة الثلث فأكثر فهو فوت فى الأرض كلها وعلى قابضها قيمتها يوم المعاوضة.

التولية: فإن ولى شخص لآخر على ما ابتاعه **فيكتب فى ذلك عقد**: ولى فلان لفلان جميع الدار أو الموضع الذى ابتاعه بكذا وحدوده كذا وبحقوقه ومنافعه تولية صحيحة عرفا قدرها بالثمن الذى ابتاعه به وهو كذا، وأحضر له الثمن بعد علم المولى له أن به وقع التبايع، ودفعه له فقبضه منه وأبرأ منه، وحل المولى له فى هذا المبيع محل المولى، ومحل ذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك وبعد أن علم بعيوب ذلك فرضيه والتزمه، وشهد عليهما بذلك فى كذا، والتولية إما أن تكون بحضرة البيع أم لا، فإن كانت بحضرة البيع وعقد المواجبة به فالعهدة على البائع الأول دون اشتراط، وإن كانت بعد انعقاد البيع وفى المجلس قبل الافتراق فالعهدة على المولى إلا أن يشترطها على البائع فيجوز ذلك إن كانت بعد افتراقهما على قرب فالعهدة على المولى، وهل يجوز اشتراطهما على البائع أم لا؟ فى ذلك قولان :

أحدهما: أن ذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع فتكون حمالة. والآخر: أن ذلك يجوز، والقرب فى ذلك المسير إلى السوق ونحوه، وأما ما بعد من ذلك فلا يجوز اشتراط العهدة فيه على البائع وهو كبيع مستأنف، وفى كفالة «العتبية»: يجوز اشتراط العهدة على الأجنبى فى العقد، ولا يجوز ذلك بعد العقد لأنه ذمة بذمة والشركة حكمها حكم التولية فى ذلك سواء.

## فصل

والتصيير هو إعطاء الملك فى دين يكون للمصير له على المصير، **ويكتب فى ذلك عقد:** صير فلان لفلان فى كذا وكذا وجبت له عليه من وجه كذا جميع الدار بكذا أو الموضع بكذا حدوده كذا بحقوق ذلك وكافة حرمه تصييراً صحيحاً ناجزاً عارفاً قدره، وصارت به الدار ماله وملكه، وحل فيها محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك، ونزل فيها حين التصيير وأبرأه من درك الإنزال وسقط به عن المصير العدد المذكور أتم سقوط وهو عارف بذلك وبصير، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

والتصيير بيع من البيوع إلا أن من شرطه إنجاز القبض للمصير حين الصفقة فإن تأخر عنها فسد لأنه يدخله بيع الدين بالدين فلا يجوز أن يصير له ملكاً فى اعتماد الغير ولا جارية تتواضع للاستبراء ولا ثمرة يتأخر جذاذها ولا داراً غائبة على وصف يتأخر، وأما إن كانت قد نظر إليها أو وصفت له فالتصيير فيها جائز بلا اختلاف، وذكر ابن فتحون فى «وثائقه»: أنه يجوز للمرأة إذا كان لزوجها عليها دين أن تصير له فيه داراً هى ساكنة فيها معه لأن الإسكان لازم

له دونها فقبضه الدار قبض صحيح بخلاف إذا كانت له وصيرها لها فى كالئها أو فى دين لها عليه فلا يصح قبضها، وتذكر فى ذلك معاينة التخلى منها والقبض لأنها فارغة من متاع المصير، وقال مطرف عن مالك: لا بأس بالتصيير فى الدار الغائبة على وصف متأخر وإن كانت بينه وبينها الأيام إذا خرج إلى قبضها، وفى «الاستغناء» قال المشاور: لا يجوز القبض فى جميع التصيير إلا بحضرته حاضراً كان أو غائباً، وإلا لم يجز عند ابن القاسم، فإن وقع بغير حضرته ولا بنظر منه عن قرب فسخ عنده، وإن أقرّ بالنزول والقبض، قال: وبذلك العمل، وأجاز ذلك أشهب إذا شهد بالنزول والقبض حاضراً كان أو غائباً، فإن صير له فى الدين سكنى دار معينة أو ثمرة معينة يجنيها فأجاز ذلك أشهب ومنعه ابن القاسم، قال ابن رشد: واختلف قول مالك فيمن كان له على رجل دين فأراد أن يعطيه فيه دابة يركبها أو غلاماً يخدمه أو داراً يسكنها فعنه فى ذلك قولان، وبالمنع فى ذلك قال ابن القاسم، وأجاز ذلك أشهب لأن قبض الشيء عنده قبض لجميع المنفعة، واختار ذلك ابن المواز أيضاً، والقول بالمنع هو المشهور فى المذهب، وكذلك إن كان التصيير فى دين وزيادة زادها فلابد من التناجز.

**ويكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان من فلان جميع الدار بكذا حدودها كذا بثمن كذا قاصه المبتاع منها بكذا كانت له عليه من وجه كذا مقصاة صحيحة سقطت بها العدة المسماة عنه من الثمن، وبرئت بها ذمة البائع من الدين المذكور وأحضر له باقى الثمن ودفعه له فقبضه منه، ولم يبق قبله بذلك من جميع الثمن حق، وخلص للمشترى تملك مشتراه المذكور، وقبضه ناجزا

ونزل فيه، وعلى السنة فى ذلك والمرجع بالدرك، وهو عارف به وبصير، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

**بيان:** ولا يجوز التصيير لمن لا يصح قبضه من يتيم مهمل أو غيره إلا أن يكون له وصى يقبض له ناجزاً وإلا كان ديناً بدين، فإن كان أراد أب أو وصى أن يصيرا لمحجورهما ملكاً فى دين مجهول على جهة التمخى مما استهلك له أو تصرف فيه وأراد التحلل من ذلك فذلك جائز.

**ويكتب فى ذلك:** عقد أشهد فلان على نفسه أنه كان قد استهلك من مال محجوره فلان وباع له أسباباً وطعاماً وغير ذلك، وتصرف فى أثمان ذلك واستنفقها لنفسه، وأنه لا يعين الآن مقدارها، وأراد التحلل من ذلك فصير له فى ذلك جميع الكذا على جهة التمخى من ذلك تصيراً صحيحاً ناجزاً صار به ذلك ماله ومتاعه، ولم يبق معه فى شيء من ذلك لأحد حق، وأنفذ ذلك عارفاً قدره وشهد عليه بذلك فى كذا.

**بيان:** قال ابن فتحون: وإن لم يكن لليتيم أب ولا وصى فلا يصح التصيير له لأن القبض يتعذر فيدخله الدين بالدين، قال ابن رشد: واتفق ابن القاسم وسحنون على أنه لا شفعة فى هذا التمخي،واختلف فى التعليل فرآه ابن القاسم بيعاً جهل فيه الثمن فلا شفعة فيه ولا يفتقر إلى حيازة، ورآه سحنون صدقة فلا شفعة فيه وهو عنده يفتقر إلى الحيازة، قال: وقول سحنون أظهر عندي.

فإن صير الأب لابنه الذى فى حجره فى مال أقر به حين التصير، وكان أصله معروفاً.

**فيكتب فى ذلك عقد:** صير فلان لابنه الصغير فى حجره أو لابنته البكر فى حجره فلانة جميع الموضع بكذا حدوده كذا فى كذا وكذا ديناراً وجبت قبله من ميراث أو غير ذلك مما يذكره، وتبنى على ما تقدم ثم تقول قبل الإشهاد ممن يعرف أصل المال المذكور: وأن الابن المذكور صار له من ميراثه فى أمه أو من فائد كذا ما يفى بالعدد المذكور وفى كذا.

**بيان:** إذا صير الرجل لمحجوره ملكاً فى مال ترتيب عليه بشهادة متقدمة أو متأخرة أو أقر به حين التصيير وكان يعرف أصله كما ذكر فى الوثيقة، فذلك سائغ جائز بلا اختلاف كان المصير صحيحاً أو مريضاً، وذلك نافذ للمحجور على كل حال، وإن لم يعرف أصله فعلى حكم الإقرار للوارث، قال بعض المتأخرين: والإقرار للوارث إما أن يكون فى الصحة أو فى المرض فإن كان ذلك فى الصحة، ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه نافذ يأخذه من تركته فى الموت ويحاص به الغرماء فى التفليس، وهو قول ابن القاسم فى «المدونة» و «العتبية».

والثاني: أنه لا يحاص به الغرماء فى الفلس، ولا يأخذه من التركة فى الموت وهو قول المدنيين للتهمة عندهم، قال ابن رشد: ولا يحاص به الغرماء على قول ابن القاسم إلا مع الديون التى استدانها بعد الإقرار، وأما القديمة قبل الإقرار فلا، فإن ثبت ميله إليه فيلزم المقر له اليمين على صحة ترتب ذلك قبله واختار ابن رشد إبطال الدين مراعاة لقول المدنيين، وإن كان الإقرار فى المرض، فإن كان له ولد جاز إقراره لغير الولد لأنه لا يتهم فى ذلك، فإن لم يكن له ولد فلا يجوز

إقراره بحال، وكذلك إن كان له أولاد فأقر للذين ينحرف عنهم دون من يميل إليه منهم جاز إقراره بخلاف العكس، والصديق الملاطف كالوارث كان هو المقر أو المقر له، ويجرى القول فى ذلك على ما ذكره القاضى أبو الوليد بن رشد فى بيانه أن الإقرار فى المرض إما أن يكون بين الزوجين أو غير الزوجين، فأما الزوجان فإن الرجل إذا أقر لامرأته لا يخلو من ثلاثة أحوال أن يعلم منه إليها ميل أو يعلم بينهما شنآن أو يجهل الحال، فإن علم الميل فلا يجوز إقراره إلا أن يجيزه الورثة، وإن علم الشنآن فإقراره لها جائز، وإن جهل الحال فإن ورث بكلالة فلا يجوز إقراره، وإن ورث بولد فإن كان واحدا ذكرا فإقراره جائز صغيراً كان أو كبيراً منها أو من غيرها، وإن كانوا أكثر من واحد وفيهم ذكر فإقراره أيضاً جائز إلا أن يكون بعضهم صغيراً وبعضهم كبيراً، منها أو من غيرها، فإقراره باطل، وإن كان الولد إناثاً يرثنه مع العصبة فسواء كن صغاراً أو كباراً استخرج ذلك على قولين، فإن كان الولد عاقاً أو بعضهم عاقاً وبعضهم باراً ففى بطلان الإقرار قولان، وإقرار المرأة للرجل أيضاً كما تقدم الحكم فيها واحد فى جميع ما ذكر.

وأما إقرار غير الزوجين فإما أن يكون لوارث أو لقريب غير وارث أو صديق ملاطف أو أجنبى فإن كان لوارث فإن كان المقر له بمنزلة من لم يقر له فى القرب أو أقرب منه فلا اختلاف فى أن هذا لا يجوز إذا لم يكن له وجه أو سبب يدل على صدقه، وإن لم يكن قاطعاً إلا أن يكون المقر له عاقاً ففى جوازه قولان، وإن كان المقر له أبعد من الذى لم يقر له فالإقرار جائز بلا اختلاف،واختلف إن كان من لم يقر له بعضهم أقرب إليه وبعضهم بمنزلته أو

بعضهم أقرب إليه، وبعضهم أبعد منه على قولين، وأما إذا أقر لقرب غير وارث أو صديق ملاطف فالمشهور من المذهب أن إقراره جائز إن كان يورث بولد، ولا يجوز أن يورث بكلالة أو بولد، والقولان فى «المدونة» ، وقد قيل: إن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس المال، وإن كان بكلالة جاز من الثلث.

وأما إن كان الإقرار لأجنبى فلا اختلاف فى أن إقراره جائز، فإن طلب ولم يوجد تصدق به عنه كاللقطة بعد التعريف، قال: وكذلك إن أقر بقبض حق الحكم فى ذلك حكم الإقرار بالدين فى جميع ما تقدم.

وسئل ابن رشد فى رجل أقر لامرأته بدين وهى حامل، فقال: إذا عرف منه إليها ميل وانقطاع فلا يجوز إقراره لها فى مرضه الذى توفى منه إلا أن يورث بولد، فإن صير لابنه الصغير فى حق ثابت أو باع منه بثمن قبضه وكانت محاباة أو غبنا بطل باتفاق.

وقال فى «العتبية» : سئل مالك فيمن ولى ابنه حائطاً اشتراه بثمن يسير وثمنه اليوم كثير فقال: ذلك لا يجوز إلا أن يجوزه له الأب، وقال عيسى بن دينار: وسئل ابن القاسم فى الذى بيع من ولده الصغير الأرض بعشرة دنانير وهى تساوي مائة، فقال: إن كانت بيد الأب حتى مات فأراها موروثة، ولا أرى للولد إلا العشرة.

وسئل الفقهاء بقرطبة فى رجل باع من أم ولده أو زوجته نصف دار له فى صحته، وشهد بالبيع، وقبض الثمن ثم توفى فقام أخوه وأثبت عقد أن أخاه لم يزل ساكناً بالدار إلى أن مات وبعداوة الأخ له وأنه كان يقول: لا أورثه شيئاً

فأجاب ابن عتاب: إذا ثبت سكناه بها فذلك مبطل للعقد، ولا حق لها فى الثمن إذ ليس من الإقرار للوارث، وإنما قصد هبة الدار ليسقط الحيازة، وبهذا قال من تقدم من شيوخنا، وبمثله قال أصبغ وابن رشد، وأجاب ابن الحاج: ما عقد من ذلك غير جائز ولا نافذة، وما ثبت من السكنى مبطل له، ومع ذلك فإن عقد البيع لم يتضمن معاينة القبض للثمن، وذلك مما يستراب فيه ويظن به القصد إلى التوليج أو الخدعة وبذلك جاءت الرواية عن ابن القاسم، سئل مالك عمن أشهد فى صحته أنى قد بعت منزلى هذا من امرأتى أو ابنى أو وارثى بمال عظيم ولم ير أحد من الشهود الثمن ولم يزل بيد البائع إلى أن مات، فقال: لا يجوز هذا وليس بيعاً، وإنما هو توليج وخدعة ووصية لوارث وهذا نص فى النازلة، وكذلك إذا ثبت أنه كان توليجاً بالشهادة فتبطل باتفاق.

وكيفية ثبوت التوليج أن يقول الشهود: توسطت العقد واتفقا جميعاً على أن ما عقداه من البيع والتصيير سمعة لا حقيقة لها أو يقولوا: أقر بذلك المشترى لنا بعد البيع فإن أرسل الشهود الشهادة، وقالوا: نعرف أنه كان توليجاً ولم يقولوا شيئاً من الوجهين المذكورين ففى ذلك اختلاف هل تصح هذه الشهادة أم لا؟ فالذى عليه الأكثر أن تلك الشهادة باطلة، وقال ابن زرب: الشهادة كذا تامة لأن الشاهد العدل يحمل من ذلك ما تحمل مما لا يتبين به كذبه،

**ويكتب فى ذلك على الوجه المتفق عليه:** عقد يعرف شهوده فلاناً وفلاناً وأنهم حضروا معهما حين انعقاد البيع بينهما فى كذا فاتفقا على أن البيع لا حقيقة له وأنه توليج، ولم يندفع فيه ثمن واتصل ذلك فى علمهم حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، أو يعرف شهوده فلاناً المشترى المذكور

كذا، وأقر لهم بعد البيع أن بيع والده لذلك كان توليجاً، ولم يدفع له ثمناً وسمعوا ذلك منه، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

**بيان:** فإن ثبت فى بيع التوليج أو المحاباة أن المشترى حاز البيع فى صحة البائع على وجه الحيازة فهل يصح ذلك له ويجرى مجرى الهبات أو يبطل ذلك لأنه لم يخرج مخرج الهبة؟ فى ذلك قولان، فإن لم يثبت فى ذلك محاباة ولا أنه كان توليجاً فهو جائز باتفاق سواء كان فى الصحة أو فى المرض إلا أنه فى المرض لابد من معاينة الشهود للثمن فى الشراء وإلا اختل البيع.

وفى «مسائل ابن الحاج» من ذلك مسألة وهي: رجل توفى فورثه زوجته وابناه من غيرها، وباع فى مرضه خادماً من زوجته فاعترض وصى الابنين المبيع، وقال: إنه توليج وليس بشراء، ولم يتضمن عقد البيع معاينة الشهود لقبض الثمن، فأفتى ابن عتاب بإبطال البيع، وأن ترجع الخادم ميراثاً، وبمثله أفتى ابن الحاج، وأفتى ابن رشد وأصبغ بن محمد بنفوذ البيع وخلوصه للزوجة، فأشار القاضى ابن حمدين بإصلاح الأمر بأن تكون الخدم نصفها للزوجة ونصفها ميراثاً، قال: وهو عندى الاختيار، فإن ثبت ميل البائع إلى المشترى **فيكتب فى ذلك ما نصه:** عقد يعرف شهوده فلاناً ويعرفونه مائلاً إلى ابنه فلان وجانحاً إليه ومفضلا له ومنحرفاً عن سائر بنيه ومباعداً لهم لا يعلمونه رجع عن ذلك إلى أن مات وحتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت هذا فيلزم المشترى اليمين أنه اشترى شراء صحيحاً ودفع الثمن حسبما ذكر فى عقده، وسواء كان ذلك فى الصحة أو فى المرض ويلزمه اليمين

إن ثبت هذا العقد، فإن حلف ثبت البيع ولم يبطل إلا أن يثبت فيه توليج أو محاباة على ما تقدم، وبيع المريض وشراؤه جائز ما لم يحاب فيكون ذلك في ثلثه لغير الوارث إلا أن يجيز ذلك الورثة فتكون هبة مفتقرة للحيازة والمرض المعتبر هو الذى يخاف منه الموت، فإن كان من العلل المزمنة مثل الجذام والخدر والعقد ونحو ذلك من العلل فأفعالها كلها أفعال الصحيح جائزة باتفاق ومراعاة فعل المريض في المحاباة يوم الفعل لا يوم الحكم، ذكر ذلك ابن يونس وابن مغيث، وفي «الواضحة» ما ظاهره خلاف ذلك وبيع الأعمى وشراؤه جائز عند مالك إذا عرف الصفقة التي تشترى باللمس والصفة وغير ذلك، وقيل: لا يجوز له الشراء إلا أن يكون قد عرف ذلك قبل حدوث الآفات عليه، فأما من خلق أعمى فلا يجوز له بيع ولا شراء، وكذلك بيع الأصم والأبكم وشراؤه وأفعاله كلها جائزة إذا فهم وقطع الشهود بمعرفة ذلك ورضاه بالإشارة.

**ويكتب في ذلك ما نصه:** وشهد على فلان وعلى الفهم من فلان بالإشارة بما ذكر عنه إذ هو أبكم، وفي كذا، فإن كان أصم أبكم أعمى لم تجز مبايعته ولا معاملته ولا نكاحه ولا شيء من أفعاله باتفاق.

## فصل

ويجوز بيع الدار الغائبة أو الملك على صفة غير البائع أو على رؤية متقدمة لا تتغير فيها.

**ويكتب فى ذلك عقد:** اشترى فلان من فلان جميع الدار أو الملك بكذا حدوده كذا بثمن كذا، وتبنى على ما تقدم، ثم تقول: وبعد أن رآه المبتاع رؤية متقدمة على هذا لا تتغير فى مثلها أو بعد أن رأى ذلك له من وثق بدينه ومعرفته، ووصفه له وصفاً قام عنده مقام العيان، وأحاط به علما وبصراً فرضيه والتزمه شهد به عليهما فى كذا.

**بيان:** وهذا البيع على الوجهين المذكورين إذا لم يشترط النظر له يعدّ لازماً كغيره من البيوع والنقد فيه بشرط جائز على المشهور، والضمان فيه من المبتاع، على ذلك مالك وأصحابه، فإن تنازعا فى أنه على الصفة التى رآها فالقول قول البائع، فإن وقع البيع على صفة البائع أو على أن ينظر إليه بعد جاز، فإن وافق الصفة لزم وإلا فلا، ولا يجوز النقد فى هذا بالشرط والضمان فيه من البائع، وقيل: من المشتري.

**ويكتب فى ذلك عقد:** يشترى فلان من فلان جميع الدار بكذا حدودها كذا وصفتها بموضع البائع أنها طولها كذا وعرضها كذا وبناؤها بالجص على صورة كذا وسقفها بالخشب تذكر من أوصافها ما يختلف به الثمن، ثم تقول: اشتراءً صحيحاً بثمن كذا يندفع حالاً،وخلص بذلك للمشترى تملكها على السنة فى

ذلك، وأنها إن وافقت هذه الصفة فهى لازمة له، ويؤدى له الثمن إذ ذاك، وإلا فهى غير لازمة له، ويشهد عليهما بذلك فى كذا.

ومن شروط بيع الغائب أن لا يكون بعيداً جداً كإفريقية من خراسان ولا قريباً تمكن رؤيته بلا مشقة على الأشهر، فإن كان بمشقة جاز.

## فصل

وبيع الخيار جائز وحده فى الأصول الشهر، وقيل: شهران، وفى الرقيق: الجمعة ونحوها، وفى غيرهما: ثلاثة أيام، فإن وقع إلى غير أجل ضرب له نحو ذلك، ولا يجوز النقد فيه بشرط، وهل يفسد البيع بذلك أم لا؟ فى ذلك قولان، والضمان فيه على البائع، والغلة له إذ الخراج بالضمان، ولا خيار فى البيع إلا بالاشتراط وعلى ذلك كافة الفقهاء، وقال ابن حبيب: الخيار للمتبايعين فى المجلس ما أقاما فيه للحديث، فإن اشترى على مشورة فلان أو على رضاه أو على خياره فله الاستبداد، وقيل: لا، ويجوز على خيار المتبايعين أو خيار أحدهما.

**ويكتب فى ذلك عقد:** اشترى فلان من فلان جميع الكذا اشتراء صحيحاً عرفاه على أنهما بالخيار مدة كذا أو على أن البائع منهما أو المشترى بالخيار مدة كذا بثمن كذا قبضه البائع بطوع المشترى بتعجيله من غير شرط كان بينهما فى ذلك، وأبرأ منه وخلص للمشترى تملك ذلك، وحل فيه محل ذى الملك فى ملكه على السنة فى بيع الخيار، وقد رآه وقبله وعلم بعيوبه كلها وشهد

عليهما بذلك فى كذا، فإن انقضى أجل الخيار ثبت البيع، وكذلك إن اختار الإمضاء فى أثناء الأجل.

**ويكتب فى ذلك عقد:** أشهد المتبايعان فلان وفلان على أنفسهما أنهما أمضيا البيع المنعقد بينهما فى كذا على الخيار فى ذلك وتمماه، وأسقطا شرط الخيار فيه أو ما شرطه البائع أو المبتاع من الخيار الإسقاط الكلي، وأنفذ البيع على حسبه وأحضر المبتاع الثمن ودفعه إلى البائع فقبضه، وأبرأ منه ونزل فى المبيع وأبرأه من درك الإنزال، وشهد بذلك عليهما فى كذا.

وإن اختار الفسخ، **فيكتب فى ذلك عقد:** أشهد المتبايعان فلان وفلان على أنفسهما أنهما حلا البيع المسمى فى كذا، أو حله فلان منهما بما وجب له من ذلك إذ كان قد اشترط الخيار فيه الحل الكلي، وبقى المبيع بذلك ملكاً للبائع، وبرئت به ذمة المشترى من الثمن، ولم يبق بسبب ذلك تبعة، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

## فصل

والبيع بشرط الثنيا غير جائز، فإن وقع فسخ ما لم يفت فيصح بالقيمة والغلة فيه للمبتاع، قال ابن رشد: اختلف فيه إذا وقع، فقيل: هو بيع فاسد لأنه بيع وسلف فيفسخ ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد، وتكون الغلة للمبتاع بالضمان، وهو قول ابن القاسم، وقيل: إنما هو سلف جر نفعا، قاله سحنون فى «المدونة»، وهو قول ابن الماجشون وغيره، فعلى هذا القول تكون الغلة للبائع